Ein Beitrag zur Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache im deutschen, schweizerischen, österreichischen und französischem Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der
juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert-Ludwigs-Universität
zu Freiburg i. Br.

Vorgelegt
im Sommer-Semester 1932
von

Erich Klug.

Buchdruckerei Wilh. Flentje, Seesen a. Harz.

Referent: Professor Dr. jur. A. B. Schwarz.

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Inhaltsübersicht.

Verzeichnis
der benutzten Literatur und Abkürzungen.
(Die Einklammerungen bezeichnen die Abkürzungen).

Archiv für bürgerliches Recht. Herausgegeben von Kohler. (Band, Seite).

Archiv für die Civilistische Praxis. Herausgegeben von Blume. (Band, Seite).

Aubry et Rau, Cours de droit civil français. Paris 1897—1907.

Baudry—Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de Droit civil: Des obligations. Paris 1906—1908.

Baudry—Lacantinerie et Saignat, Traité theoriqué et pratique de Droit civil: De la vente et de l'échange. Paris 1908.

Baudry—Lacantinerie et Tissier, Traité théorique et pratique de Droit civil: De la préscription. Paris 1905.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Herausgegeben von Predari und Schlegelberger. (Gruch. Beitr. Band, Seite).

Biermann, Sachenrecht. Berlin 1914.

Biermann, Widerspruch und Vormerkung. Jena 1901.

Bufnoir, Propriété et contrat. Paris 1924.

Busch, Erler, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth, das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Berlin und Leipzig 1929. (RGRKomm.)

Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français. Paris 1921.

Cosack und Mitteis. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Jena 1927.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1900—1912.

Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine. Paris. (DP Jahrgang, Teil, Seite).

Dalloz, Recueil hebdomaire de jurisprudence. Paris. DH Jahrgang, Seite).

Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris.

Dalloz, Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.

Démolombe, Cours de Code Napoleon. Paris 2. Auflage.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1884—89.

Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. Halle 1889—1910. (Dernburg).

Deutsche Juristenzeitung. Begründet von Laband u. a. Herausgegeben von Liebmann u. a. (DJZ. Jahrg., Seite).

Egger, Einleitung und Personenrecht zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Zürich 1930.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Wien 1920—1925.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900—1920.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Band II. Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1932.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Band I. Einleitung und Allgemeiner Teil. Marburg 1931.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ. Band, Seite).

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts. Amtl. Samml. Lausanne. (BGE. Band, Abteilung. Seite).

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes. Zusammengestellt im Reichsjustizministerium. (RJA. Band. Seite).

Fischer, die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung. Jena 1905.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Berlin 1892.

Früh, die Vormerkung persönlicher Rechte nach schweizerischem Grundbuchrecht. Zürcher Dissertation. Bülach 1929.

Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts Berlin 1917.

Fuchs, Kommentar zum Grundbuchrecht. Berlin 1902 und 1908. Band I. Materielles Grundbuchrecht.

Gelpke die Verletzung eines vertraglichen Rechtes durch einen Nichtvertragsbeteiligten. Zürcher Dissertation. Innsbruck 1919.

Gierke, Otto, der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1889.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895—1917.

Gierke, Otto, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.

Gmür, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Erläutert von Gmür, Hafter, Leemann, Ostertag, und Becker. Bern 1917—1927.

Goldmann und Lilienthal, das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.

Groh, Sittenwidrige Erfüllnngsvereitelung in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", III. Band. Berlin und Leipzig 1929.

Guhl, Persönliche Rechte mit verstärkter dinglicher Wirkung. In der Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des schweizerischen Bundesgerichts. Bern 1924.

Güthe-Triebel, Grundbuchordnung für das deutsche Reich. Berlin 1929.

Heck, Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.

Heck, Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Heer, die Wirkung der Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch nach dem schweizerischen ZGB. In Abhandlungen für schweizerisches Recht Heft 58. Bern 1930.

Hein, die Verleitung zum Vertragsbuch. Breslau 1906.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1885

Hölder, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. München 1900.

Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1930.

Hugueney, Résponsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle. Dissertation Paris 1910.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Herausgegeben von Johow, Küntzel und Ring. (KGJ Band, Seite).

Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechtes. Herausgegeben von Ring. (JFG Band, Seite).

Jäger, Kommentar zur Konkursordnung. Berlin 1931.

Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. (Ihering. Jahrb , Band, Seite).

Josserrand, Cours de droit civil positif francais. Paris 1930.

Juristische Wochenschrift. Herausgegeben vom deutschen Anwaltsverein. (JW. Jahrgang, Seite).

Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Wien 1927—1931.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1906—1915.

Kuhlenbeck, das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1899—1901.

Laurent, Principes de droit civil français. Paris 1878.

Leipziger Zeitschrift für das deutsche Recht. (LZ. Jahrgang, Seite).

Leonhard, das Schuldrecht des BGB. München und Leipzig 1931.

v. Liszt, die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Rechts. Berlin 1898.

Locré, La Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Straßburg und London 1827.

Marcadé, Explication théorique et pratique du Code Napoleon. Paris 1852.

Mercier, Faut-il admettre l'existence du jus ad rem en droit civil suisse? Dissertation. Lausanne 1929.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin und Leipzig 1888. (M. Band, Seite).

Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil. Paris 1880.

Oberneck, das Reichsgrundbuchrecht. Berlin 1909.

Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1927—1928.

Oser, das Obligationenrecht. Zürich 1929.

Othmer, die rechtliche Wirkung der Vormerkung. Breslau 1902.

Pfeiffer, die Vormerkung persönlicher Rechte im Grundbuch. Dissertation. Zürich 1910.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch 4. und 5. Auflage. Herausgegeben von Strohal u. a. Berlin und Leipzig 1913—1928. 1932—1933.
Planiol, Traité élémentaire de droit civil. Paris 1924.
Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français. Paris 1925.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899. (Prot. II. Komm. Band, Seite).
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Soergel und Lindemann. (Recht, Jahrgang, Seite).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Leipzig (OLGE Band, Seite).
Recueil général des lois et des arrêts. Fondé par I. B. Sirey. (S. Jahrgang, Abteilung, Seite).
Rosenberg, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch Sachenrecht. München 1919.
Rosenthal, das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Berlin 1930.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. (Seuff. Arch. Band, Seite).
v. Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Löwenfeld u. a. Berlin und Leipzig 1925—1930.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1885—1890.
v. Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen Gesetzbuch. Wien 1878.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Tübingen 1924.
v. Tuhr, der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechtes. Leipzig 1910—1918.
Tuor, das schweizerische Zivilgesetzbuch. Zürich 1932.
Turnau und Förster, das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Paderborn 1906.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1892.
Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen. (Warn. Jahrg. Nr. Seite).
Warneyer, Kommentar zum BGB. Tübingen 1930.
Wieland, Sachenrecht. Zürich 1908.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt 1906.
Wolff, Sachenrecht. Marburg 1929.
Zachariae v. Lingenthal und Crome, Handbuch des französischen Zivilrechts. Freiburg Br. 1894—1895.
Zeitschrift für französisches Zivilrecht. Mannheim.
Zeitschrift für schweizerisches Zivilrecht. (Jahrgang, Seite oder n. F. Band, Seite).

Die Dissertation von Heiland „Doppelverkauf von beweglichen Sachen“ lag mir zur Zeit der Drucklegung nur als ungedrucktes Manusskript vor. Es war daher nicht möglich, auf die gleichzeitig mit der vorliegenden Arbeit der Fakultät eingereichte Dissertation einzugehen.

Die vorliegende Dissertation ist von mir unter Benutzung der Bücherei des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht von der Kaiser Wilhelm-Gesellschaft abgefaßt worden. Dem Leiter des Instituts möchte ich daher an dieser Stelle noch einmal meinen Dank für die Ueberlassung der Bücherei sagen.

I. Teil

Einleitung.

§ 1

Abgrenzung und Ziel der Aufgabe.

Wenn die vorliegende Arbeit den Namen trägt: „Ein Beitrag zur Lehre vom zweimaligen Verkauf der gleichen Sache“, so ist damit noch nicht gesagt, der Behandlung welchen Gebietes in dem großen Fragenkomplex des zweimaligen Verkaufs die Abhandlung sich zuwendet. Folgender Fall mag die Umgrenzung des hier zu behandelnden Problemes zeigen: Ein Verkäufer verkauft eine bewegliche Sache oder ein Grundstück an den ersten Käufer. Eine Übergabe der Sache bezw. eine Umschreibung im Grundbuch erfolgt nicht. Nach Abschluß des mit dem ersten Käufer geschlossenen Kaufvertrages verkauft der Verkäufer noch einmal die bereits dem ersten Käufer verkaufte aber diesem noch nicht übergebene Sache an einen zweiten Käufer. Die Sache wird dem zweiten Käufer sogleich durch Übergabe bezw. Eintragung in das Grundbuch übereignet.

Alle in der Dissertation behandelten vier Rechtssysteme geben dann dem ersten Käufer gegen den Verkäufer im Falle der Nichtlieferung der Sache einen Schadensersatzanspruch. Aufgabe der vorliegenden Abhandlung soll es sein, nicht den Gewährleistungsanspruch des ersten Käufers gegen den Verkäufer zu prüfen, als vielmehr zu untersuchen, ob und unter welchen Voraussetzungen der erste Käufer in dem oben genannten Beispiel von dem zweiten Käufer die Herausgabe der diesem vom Verkäufer übereigneten Sache verlangen kann. Weiter ist es von Belang zu erfahren, welchen Rechtscharakter die verschiedenen Rechtssysteme dem Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer verliehen haben.

Nicht allein auf theoretischem Gebiete ist die Untersuchung dieser Frage von Bedeutung. Es handelt sich um einen rechtlichen

Vorgang, der sich fast alltäglich abspielt. Unser Problem ist nicht neu, sondern hat sowohl die Rechtswissenschaft wie die Rechtsprechung seit geraumer Zeit oft beschäftigt und die Gesetzgebungen verschiedener Rechte zu verschiedenen Regelungen veranlaßt.

Mag vielleicht auch die wirtschaftliche Bedeutung unserer Frage vergangenen Jahrhunderten gegenüber an Tragweite verloren haben, da infolge der immer mehr angewachsenen Industrialisierung und der gesteigerten Herstellung von serienmäßigen Waren der Käufer nach Schadensersatzleistung durch den Verkäufer heute eher und häufiger als früher in der Lage ist, eine gleiche Sache durch einen anderen Verkäufer zu erwerben, so sind doch die Fälle noch zahlreich genug, in denen dem Käufer gerade an der Leistung der vom Verkäufer zugesagten bestimmten Sache gelegen ist. Nach wie vor hat das beim Verkauf von Grundstücken zu gelten; denn die Mehrzahl der Grundstücke weisen ihrer Lage und ihrer Beschaffenheit nach gewöhnlich einen eigenen speziellen Charakter auf.

Es soll nun nicht nur dargelegt werden, wie das deutsche Recht die Frage nach dem Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer löst, sondern es sollen in gleicher Weise die Systeme des schweizerischen, des österreichischen und des französischen Rechts hinsichtlich dieser Frage einer kritischen Untersuchung unterzogen werden. Dabei wird sich zeigen, daß die verschiedenen Rechtssysteme zur Lösung dieser Rechtsfrage mehr oder minder verschiedene Wege einschlagen. Interessant ist es dann aber zu sehen, wie die vier Rechtssysteme trotz Abweichungen bei der rechtlich konstruktiven Durchführung des Problems zu ähnlichen, ja teilweise sogar zu gleichen Endresultaten gelangen,

§ 2

Der traditionelle romanistische Standpunkt und die Tendenzen seiner Überwindung in der modernen Rechtsentwicklung.

I. Der Standpunkt des römischen Rechts.

Der römisch-rechtliche Kaufvertrag fiel unter die Reihe der sog. Konsensualkontrakte, d. h. der Vertrag kam durch und mit der Einigung der Parteien über Ware und Preis zustande. Dieser Kaufvertrag des römischen Rechts hatte bloß obligatorische Wirkungen. Der Verkäufer wurde zur Veräußerung der Sache verpflichtet. Der Käufer erhielt lediglich einen obligatorischen Anspruch auf das habere licere der Kaufsache. Ein Anspruch auf die Sache selbst

(actio in rem) wurde dadurch für den Verkäufer noch nicht begründet, sondern nur das Recht gegen den Verkäufer auf Lieferung der Sache wurde vom Käufer erworben. Das römische Recht nun hat eine scharfe Scheidung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten in dem Aufbau seines Systems durchgeführt. Das persönliche Recht wirkt relativ, d. h. nur im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, das dingliche Recht absolut, d. h. gegenüber jedem Dritten. Nicht auf Grund theoretischer Erwägungen ist das römische Recht zu dieser prägnanten Trennung gelangt, sondern in der Prozeßpraxis hat sich dieser Gegensatz entwickelt. Dort gab es entweder eine actio in rem oder eine actio in personam.[1]) Jene konnte auf Grund des dinglichen Rechtes an einer Sache geltend gemacht werden; die actio in personam setzte einen persönlichen Verpflichtungsanspruch gegen den Beklagten voraus. Ein Rechtsinstitut, das wie das preußisch-rechtliche Recht zur Sache eine Zwischenstellung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten einnehmen konnte,[2]) war dem römischen Recht unbekannt.[3]) Vielmehr nimmt das römische Recht eine scharfe Trennung von dinglichen und persönlichen Rechten vor, und mit dieser Trennung ist das römische Recht vorbildlich geworden für alle späteren modernen Rechtssysteme.

---

1) Sohm-Mitteis-Wenger: Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts 17. Aufl. § 115, I. Klingmüller in der Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte Roman. Abt. 44. Band S. 223.

2) S. u. S. 7 ff.

3) Mitteis: Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diocletions. Leipzig 1908 1. Band § 5 S. 88 Anm. 41 nimmt allerdings unter Berufung auf die Digestenstellen D 30, 109, 1; D 31, 89, 7; D 32, 20; D 36, 4, 11, 1 und auf Paulus-Sent. IV, 1, 15 an daß das römische Recht im Gebiete des Fideikommißrechtes ein jus ad rem gekannt habe. Es konnte nämlich der Fideicommissar von demjenigen, der in Kenntnis des Vermächtnisses einen Vermächtnisgegenstand gekauft hatte, dessen Herausgabe verlangen. Hiergegen wendet sich Klingmüller in dem Aufsatz: „Jus ad rem?" (a a. O. S. 211 ff.) Unter Anführung einer Reihe anderer Digestenstellen (S. 213 ff., 218) gelangt er zu dem Ergebnis, daß es sich bei dem Herausgabeanspruch des Fideicommissars lediglich um einen vom Standpunkt der Billigkeit aus geschaffenen Anspruch handelt. Der Fideicommissar sollte dadurch geschützt werden vor dem „wider Treu und Redlichkeit" (S. 221) verstoßenden ihn den Fideicommissar schädigenden Verhalten des Erben. Selbst Mitteis gibt zu (S. 88), daß der Gedanke des jus ad rem nur in diesem einen Falle im römischen Recht Platz gegriffen hat.

II. Die vom römisch-rechtlichen Standpunkt abweichenden Tendenzen.

Um die Wende des 18. Jahrhunderts sehen wir, daß bei der Kodifikation des Zivilrechts zweier Großstaaten mit der herrschenden romanistischen Auffassung ein gewisser Bruch vollzogen wird. Von naturrechtlichen Strömungen beeinflußt, erkennt man in Preußen wie in Frankreich, daß eine Regelung des Problems nach romanistischem Vorbild den Erfordernissen des Verkehrs nicht immer gerecht zu werden vermag. Interessant ist es zu verfolgen, wie die neuen Gesetzgebungen Frankreichs und Preußens beim Aufbau ihrer Rechtssysteme den Anforderungen der Praxis Rechnung zu tragen suchen, ohne dabei das große unentbehrlich gewordene Gefüge der Trennung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten preiszugeben. Auf verschiedene Weise gelangen das Preußische Allgemeine Landrecht und der Code civil zu einer Lösung unseres Problems und schaffen einen Schutz des ersten Käufers gegen eine nachteilige Veräußerung der Kaufsache an einen Dritterwerber.

Der C. c. löst die Frage dahin, daß er durch den Kaufabschluß schon das Eigentum auf den Käufer übergehen läßt, dem Käufer also durch und mit Kaufabschluß das Eigentumsrecht überträgt. Der zweite Käufer, der beim Erwerbe der Kaufsache von dem Verkauf an den ersten Käufer weiß, erhält die Sache in bösem Glauben von einem Nichteigentümer. Ein Eigentumserwerb des zweiten Käufers wird wegen Kenntnis vom ersten Verkauf der Sache ausgeschlossen. Über die Wirkungen und Folgen des Kaufabschlusses im französischen Recht wird unten im III. Teil der Abhandlung eingehend zu sprechen sein.[4])

Das preußische ALR. von 1794 hat nicht diesen entscheidenden Schritt wie die französische Gesetzgebung vollzogen. Nicht läßt es schon mit dem Abschluß des Kaufvertrages den Käufer Eigentümer der Kaufsache werden; vielmehr hat das ALR. das in verschiedenen Partikularrechten existierende Recht zur Sache wieder ins Leben gerufen und damit zwischen die persönlichen und dinglichen Rechte ein Rechtsgebilde eigener Art eingeschaltet.

III. Insbesondere das Recht zur Sache im preuß. ALR.

Das Institut des Rechts zur Sache ist nicht erst eine Neuschöpfung der Gesetzgeber von 1794 gewesen. Vielmehr handelt es sich hier um einen Rechtsbegriff, der bereits im Mittelalter im Ka-

4) S. u. § 18.

nonischen Recht wie im Lehensrecht entstanden und entwickelt worden ist.

Nach Kanonischem Rechte erlangt der Inhaber eines geistlichen Amtes dieses noch nicht durch die Wahl. Die Wahl befugt also z. B. den Bischof noch nicht, sein Amt auszuüben. Die Befugnis dazu wird erst durch die vom Papst zu erteilenden Bestätigung, die confirmatio bezw. consecratio, erlangt. Der Erwerb des Amtes konnte nur durch Wahl und Bestätigung erfolgen. Eine gleichzeitige Vornahme beider Handlungen war aber praktisch ausgeschlossen, da die Bestätigung des Papstes stets erst einzuholen war. Die Kanonisten zogen nun zur rechtlichen Klärung dieses Vorgangs römisch-rechtliche Grundsätze heran. Erst die Bestätigung schuf nach ihnen wie die traditio den vollen Rechtserwerb. Das Recht, das der Anwärter durch die Wahl erlangte, nannte man in Unterscheidung von dem durch die Bestätigung erlangten jus in re jus ad rem. Die Wirkung dieses jus ad rem bestand lediglich darin, daß die Wähler dem gewählten Amtsanwärter gegenüber an die Wahl gebunden waren.[5])

Dieselbe Zweiteilung wie beim Erwerbe kirchlicher Ämter bestand bei der Erlangung der weltlichen Ämter. Hier finden wir die Wahl (Sale) und die Investitur (Krönung) durch den König. Dies die öffentlich-rechtliche Seite des Amtserwerbes. Zum privatrechtlichen Erwerbe der Lehensgüter war anfangs nur die Investitur, die Belehnung, erforderlich, ohne daß eine besondere Besitzeinweisung stattgefunden haben mußte. So heißt es in der von Baldus überlieferten Stelle des Jacobus de Ravanis (13. Jahrh.)[6]): „Certe ego puto, etiam per investituram verbalem et baculi porrectionen, quae abusiva investitura dicitur, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investito dominus praecise cogatur tradere possessionem. Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus jus non habeat in re, habet tamen jus ad rem.“ Nach deutsch-rechtlicher Anschauung schuf also die Belehnung anfangs schon das Recht auf das Lehen, ohne daß es einer besonderen traditio possessionis bedurft hätte. Doch durch den Einfluß der römisch-rechtlich angehauchten italienischen Lehensrechtler kam man mehr uud mehr von dieser Auffassung ab. So verspüren wir bald den Zwiespalt, in den man durch Vermischung römischer und deutscher Rechtsgedanken geriet. Schuf anfangs noch die bloße Investitur ein volles dominium über das Lehen, dessen Inhaber sowohl

5) Heusler I S. 381.

6) v. Brünneck: Ueber den Ursprung des jus ad rem. Halle 1869 S. 50 Anm. 14.

vom Lehensgeber wie von jedem Besitzer die Herausgabe verlangen konnte, so gelangte man allmählich zur Formulierung folgenden Satzes:[7]) „Rei investitae vasallus hanc habet potestatem ut tamquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare.“ Man behandelt jetzt den Belehnten, als ob er der Eigentümer sei, und gibt ihm gegen den Besitzer gleich wie dem Eigentümer den Vindikationsanspruch.

Noch weiter ging Baraterius[8]). Im liber feud. app. IV Nr. III sagt er: „Beneficium intelligitur investitura cum traditione. Ex quo ita fit, ut si quis primo investiatur re nondum tradita, ille cui posterior investitura cum traditione facta fuerit, potior habeatur.“ Nach ihm gibt also die einfache investitura nur noch einen obligatorischen Anspruch auf das Lehen. Da man sich jedoch damit in Widerspruch zur deutsch-rechtlichen und zu der zur allgemeinen Gewohnheit gewordenen Auffassung setzte, schuf man eben das jus ad rem. Man sagte, die Invenstitur schaffe für den Berechtigten ein jus ad rem. Auf Grund dieses jus ad rem konnte der Vasall vom Lehensgeber die reale Besitzeinweisung verlangen. Gegen dritte Erwerber wirkte dieses jus ad rem nur unter den Voraussetzungen, daß diese Besitz an dem Lehen durch spätere Belehnung seitens des Lehensherren erhalten und Kenntnis von der ersten Belehnung gehabt hatten[9]) oder aber daß die Dritterwerber ohne Besitzeinweisung belehnt waren. In diesem Falle war eine mala fides nicht erforderlich.

Das jus ad rem blieb nun nicht lange auf das Gebiet des kanonischen und des Lehnsrechtes beschränkt, sondern tauchte auch bald in verschiedenen partikularen Stadtrechten auf. So finden sich in den Hamburger, Bremer, Verdener Stadtrechten, im Stadtrecht von Stade und Wien u. a.[10]) schon die Bestimmungen, daß im Falle des Doppelverkaufs der erste Käufer den Vorzug haben solle[11]). Zwar sprechen sich die Stadtrechte nicht darüber aus, ob die Bevorzugung des ersten Käufers auch dann einzutreten hat, wenn der zweite Käufer im Besitze der Sache ist. Doch läßt eine Stelle in den Langensalza'schen Statuten von 1556 diesen Rückschluß zu. Dort lautet Art. 12: „ . . . . und soll auch weniger nicht der erste käuffer oder der erste gläubiger, ungeachtet des, daz solch

---

7) II F. 8 § 1 zit. von Heusler I S. 383 Anm. 7.
8) Heusler I S. 383.
9) Heusler I S. 384.
10) O. Gierke: Deutsch Privatr. II § 133 Anm 1
11) Laband: Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters. Königsberg 1859 S. 273 Anm. 34 und 35.

guth allbereit einem anderen tradieret, zugestellt und eingeräumet wäre, den vorzug daran haben und behalten." [12])

Als man in Preußen daran ging, die einheitliche Kodifikation zu schaffen, stand man auch vor der Frage, ob man einen Schutz des ersten Käufers in der Art durchführen sollte, daß man ein jus ad rem in das ALR aufnahm. In der Gesetzgebungskommission wurde von Suarez gegen die Aufnahme des Rechts zur Sache Widerstand geleistet. Er wurde aber von den anderen Kommissionsmitgliedern überstimmt, und das Recht zur Sache wurde in das neue Gesetzbuch übernommen.[13])

In folgenden beiden Gesetzesstellen findet sich der Grundsatz des jus ad rem ausgesprochen:

ALR I, 10 § 25 „Auch der, welcher z. Zt. der Eintragung oder der Übergabe den früher entstandenen Titel eines anderen weiß, kann zum Nachteil desselben die früher erhaltene Eintragung oder Übergabe nicht vorschützen."

ALR I, 19 § 5 „Kann der Besitznehmer überführt werden, daß ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des anderen z. Zt. der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich seines durch die Übergabe entstandenen dinglichen Rechtes gegen denselben nicht bedienen."

Beide Bestimmungen sagen inhaltlich das gleiche. Der Anspruch desjenigen, der zuerst mit dem Veräußerer einen Vertrag auf Lieferung der in Frage stehenden Sache abgeschlossen hat, kann auch von demjenigen, der später vom Veräußerer die Sache erworben hat, diese herausverlangen. Zur Begründung dieses Anspruchs sind folgende Voraussetzungen erforderlich:

1. Es mußte zwischen dem Kläger und dem Veräußerer ein Schuldverhältnis, sei es ex contractu, ex delicto oder ex lege bestehen[14]), das dem Kläger einen Anspruch auf Erwerb der veräußerten Sache gab.

2. Der in Anspruch genommene Dritte mußte wenigstens noch im Zeitpunkt der Klagerhebung im Besitze der Sache gewesen sein[15]). Das geht aus ALR I, 19 § 5 hervor.

Es mußte ferner feststehen, daß der Beklagte die Sache auf Grund eines titulus erlangt hatte. Das preußische Recht bestimmte anders als das geltende deutsche BGB daß der Erwerb eines dinglichen Rechts nur erfolgen konnte, wenn diesem ein titulus zu Grunde

---

12) Laband a. a. O. S. 274. O. Gierke: Deutsch. Privatr. II § 133 Anm. 1.
13) Mercier S. 46 und Zitat von Lenz ebendort in Anm. 1.
14) Dernburg: Preuß. Privatr. § 184, 1.
15) Dernburg: Preuß. Privatr. § 184, 3.

lag. Der Titel konnte in einem Schuldverhältnis bestehen; man ging sogar so weit, um das System vom titulus und modus adquirendi durchzuführen, auch Willenserklärungen, gerichtliche Erkenntnisse und Gesetze als Erwerbtitel anzusehen.[16]) Gewöhnlich wird der Beklagte die Sache auf Grund einer schuldrechtlichen Vereinbarung vom Veräußerer erworben haben. Hatte der Erwerber die Sache ohne einen titulus erworben, so hatte er eben ein dingliches Recht an der Sache überhaupt nicht erlangt; denn das dingliche Recht werde nur auf Grund eines Titels erworben. In solchen Fällen aber konnte das jus ad rem gegen den Dritterwerber nicht geltend gemacht werden; denn auf Grund von ALR I, 19 § 5 mußte der Erwerber das dingliche Recht durch Übergabe erworben haben. Fehlte diese Voraussetzung, wie z. B. bei demjenigen, der die Sache dem Veräußerer gestohlen hatte, so konnte der Erstberechtigte nicht auf Grund von ALR I, 10 § 25 und I, 19 § 5 die Sache vom Besitzer verlangen.

4. Schließlich mußte der Beklagte beim Erwerbe der Sache Kenntnis von dem Rechte des Klägers gegen den Veräußerer auf Leistung der Sache gehabt haben. Wann man im einzelnen Kenntnis des Dritterwerbers anzunehmen hatte, blieb Tatfrage. Nach Dernburg[17]) soll „Gerücht und Hörensagen" noch nicht in bösen Glauben versetzt haben.

Unter obigen Voraussetzungen also konnte derjenige, der zuerst einen auf Veräußerung einer Sache abzielender Vertrag geschlossen hatte, von demjenigen, der auf Grund eines Titels und in Kenntnis von dem schuldrechtlichen Anspruch des Erstkonthrahierenden die Sache erworben hatte, diese von dem Erwerber herausverlangen.

Ueber die Rechtsnatur dieses Anspruchs bestehen verschiedene Ansichten. So sieht Dernburg[18]) in dem Recht zur Sache des ALR eine „eigentümliche Species der Dolusklage". Das Recht zur Sache gebe nicht einen dinglichen Anspruch, sondern nur einen auf dolus des Dritterwerbers gegründeten Schadensersatzanspruch gegen den Dritten. Der dolus besteht nach Dernburg's Auffassung darin, daß der Dritte durch seinen Erwerb dem Berechtigten die Sache zu entziehen sucht. Gegen diese Ansicht Dernburg's spricht der Umstand, daß der Berechtigte im Konkurse des Erwerbers die Sache, auf die das jus ad rem gerichtet ist, herausverlangen kann. Die actio doli ist die Geltendmachung eines obligatorischen An=

---

16) Dernburg: Preuß. Privatr § 186, 2. ALR I, 2 §§ 133, 134.
17) Dernburg: Preuß. Privatrecht § 184, 1.
18) Dernburg: Preuß. Privatrecht § 184 S. 451.

spruchs. Ein solcher aber würde im Konkurse stets nur anteilmäßig befriedigt werden können.

Diese Schwierigkeit suchen Förster und Eccius[19]) dadurch zu umgehen, daß sie sagen, die Bösgläubigkeit des Erwerbers schaffe diesem kein Eigentum. Im Konkurse des Erwerbers könne daher die Sache von dem Erstberechtigten herausverlangt werden, da die Sache nicht dem Erwerber gehöre. Letzteres mag zwar in der Förster-Eccius'schen Theorie noch begründet sein. Haltlos wird die Ansicht jedoch dadurch, daß man dem Erstberechtigten einen Anspruch gibt, mit dem dieser eine ihm nicht gehörende Sache aus der Konkursmasse des Erwerbers aussondern kann.

Ziebarth hat in einer Schrift „die Obligation und die Realexekution"[20]) das Recht zur Sache zu einem relativ dinglichen Recht erklärt. Relativ und nicht absolut dinglich ist das Recht zur Sache nach Ziebarth deshalb, weil die dingliche Wirkung nur den Schuldner und einem evtl. dritten Erwerber erfaßt. Zuzugeben ist Ziebarth, daß das Recht zur Sache dritten Erwerbern gegenüber wie ein dingliches Recht wirkt. Niemals aber hat das jus ad rem gegenüber dem verpflichteten Veräußerer eine dingliche Wirkung. Gegen diesen besteht nur der obligatorische Anspruch auf Leistung der Sache[21]); denn wäre der Anspruch gegen den Verpflichteten dinglich, so müßte dem Gläubiger auch das Aussonderungsrecht im Konkurse des Schuldners zustehen. Das ist aber nicht der Fall. Gerät der Veräußerer in Konkurs, so hat der Gläubiger nur den schuldrechtlichen Anspruch auf Leistung, der anteilmäßig befriedigt wird. Die Theorie von Ziebarth gibt also auch keine befriedigende Lösung.

Die soeben dargelegten Lehrmeinungen haben nicht vermocht, die Frage nach der Rechtsnatur des jus ad rem in einer genügenden Weise zu beantworten. Das Recht zur Sache läßt sich weder in die Reihe der obligatorischen noch in die der dinglichen Rechte einordnen. Es nimmt vielmehr eine Zwischenstellung zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten ein. Wir müssen uns also damit begnügen, das Recht zur Sache als ein in der Hauptsache obligatorisches Recht mit einer bestimmten gegen dritte Erwerber gerichteten dinglichen Wirkung anzusehen. Das jus ad rem bleibt also ein Rechtsgebilde eigener Art.

Das neuere preußische Recht hat, soweit Grundstücke in Frage kommen, die strikte Beibehaltung des Rechts zur Sache abgelehnt. Bei der Schaffung des Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. 5. 1872, das eine Neuregelung des Imobiliarrechtes anordnete, ging man von

19) Förster-Eccius III § 156 S. 7.
20) Halle 1866.
21) Förster-Eccius S. 5 und 6.

dem Grundgedanken aus, das dingliche Recht am Grnndstück in der Mehrzahl der Fälle erst durch die Eintragung in das Grundbuch entstehen zu lassen. War das dingliche Recht aber eingetragen, so sollte es gegenüber dem persönlichen Rechte den Vorzug erhalten und in seiner Wirkung gegenüber dem persönlichen Rechte verstärkt werden. So kam man denn zu den Bestimmungen der §§ 4 und 15 des Eigentumserwerbsgesetzes. Danach erwirbt nun der zweite Käufer das Eigentum auch gegenüber dem ersten Käufer, selbst wenn er in Kenntnis von dem Eigentumserwerbsanspruch des ersten Käufers das Grundstück vom Verkäufer erworben hat. Nur muß dabei der Eigentumserwerb des zweiten Käufers zuerst eingetragen sein. Überhaupt wird der Erwerber eines eintragungsfähigen Rechts stets vorgezogen, wenn er seinen Rechtserwerb hat eintragen lassen. gleichgültig, ob er bei dem Rechtserwerb Kenntnis von dem Anspruch des Ersterwerbers auf Eintragung von dessen widerstreitendem Rechte gehabt hat oder nicht. Fraglich erscheint nur, wie es sich verhält, wenn der Erstberechtigte Inhaber eines dinglichen nicht eintragungsfähigen Rechts gewesen ist. Dingliche nicht eintragungsfähige Rechte sind trotz des Gesetzes von 1872 noch erhalten geblieben. So sind Grundgerechtigkeit, Pacht und Miete nicht eintragungsfähige dingliche Rechte am Grundstück [22]). Hier läßt nun das Gesetz von 1872 eine empfindliche Lücke. Es sagt nichts darüber, ob das eingetragene Recht stets den Vorrang auch gegenüber dem nichteintragungsfähigen Recht hat, oder ob in diesen Fällen die Bestimmungen des ALR über das Recht zur Sache Anwendung zu finden haben.

Dernburg vertritt den Standpunkt [23]), daß gegenüber dem eingetragenen Eigentümer oder dinglich Berechtigten das Gesetz von 1872 jede Berufung auf das jus ad rem dem Erstberechtigten abgeschnitten habe, da es das Gesetz von 1872 auf die Eintragung abgestellt habe.

Dem gegenüber scheint mir die von Förster-Eccius vertretene Lehrmeinung den Vorzug zu verdienen [24]). Danach soll das jus ad rem z. B. dem Mieter oder Pächter auch gegen den eingetragenen Grundstückserwerber zustehen. Insoweit würden also die Regeln des ALR die Lücken des Gesetzes von 1872 auszufüllen haben. Zweifellos führt die Ansicht von Förster-Eccius zu dem billigsten Ergebnis. Denn wollte man Dernburg's Lehrmeinung folgen, so

22) Förster-Eccius III § 156 S. 7. O. Gierke: Deutsch. Privatr. III S. 515/516

23) Dernburg: Preuß. Privatr. § 185, 2. O. Gierke: Deutsch. Privatr. III. S. 515/516.

24) Förster-Eccius III § 156 S. 7.

gäbe es für Mieter, Pächter oder Grundgerechtigkeitsinhaber überhaupt keine Möglichkeit sich zu schützen, da ihren Rechten die Eintragungsfähigkeit nicht verliehen ist.

IV. Das Übergewicht des romanistischen Einflusses bei der Schaffung des österreichischen, deutschen und schweizerischen bürgerlichen Rechts.

Das österreichische allgemeine BGB von 1811 ist neben dem preußischen ALR und dem Code civil das dritte große Zivilgesetzgebungswerk, das um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts geschaffen wurde. Doch folgte das aBGB nicht den Bahnen, die jene beiden anderen Gesetzgebungen eingeschlagen hatten. Weder stattete es nach Vorbild des französischen Rechts die Obligation mit dinglicher Wirkung aus noch schuf es zum Schutze des schuldrechtlichen Lieferungsanspruchs ein Recht zur Sache.

Die Fassung des österreichischen Rechts läßt jedoch nicht immer mit unbedingter Sicherheit erkennen, daß es sich von den Gedanken der dinglich wirkenden Obligation und dem Recht zur Sache frei gemacht hat. So kann zunächst der Wortlaut des § 307 aBGB Zweifel aufkommen lassen. Im Mittelalter wurden im kanonischen Recht zwei Stufen des dinglichen Rechtserwerbs unterschieden, nämlich das jus ad rem und das jus in re[25]). Diese Unterscheidung hat sich bei der Fassung des § 307 aBGB noch ausgewirkt. § 307 aBGB spricht von „Rechten zu einer Sache" und „Rechten über einer Sache." Doch handelt es sich bei diesem Recht zur Sache nicht um ein dem preußisch-rechtlichen jus ad rem entsprechendes Rechtsgebilde. Vielmehr dient dieser Ausdruck im Gegensatz zu den „Rechten über eine Sache", womit die dinglichen Rechte bezeichnet werden, nur der Bezeichnung der sog. „persönlichen Sachenrechte", unter denen nichts anderes zu verstehen ist als relative Forderungsrechte[26]).

Zum anderen sind gerade in jüngerer Zeit von Wellspacher[27]) Theorien aufgestellt worden, nach denen das dingliche Recht nicht erst mit der Übergabe bezw. mit Vollziehung des Übergabeersatzes begründet wird, sondern wonach dieses bereits mit der dinglichen Vereinbarung inter partes entsteht, Nur zur Wirkung gegenüber gutgläubiger Dritten sei die traditio erforderlich. Eine Stelle des Gesetzes, nämlich § 452 aBGB scheint für Wellspacher zu sprechen.

25) S. o. S. 5 ff.
26) Klang § 307. Ehrenzweig § 33.
27) Zitiert bei Ehrenzweig § 206 I Anm. 6.

§ 452 aBGB bestimmt nämlich, daß bei Sachen, die nicht körperlich übertragbar sind, die körperliche Übergabe durch eine solche Übertragung ersetzt werden kann, bei der durch Zeichen die erfolgte Verpfändung jedermann kenntlich gemacht wird. „Wer diese Vorsicht unterläßt", so sagt § 452 aBGB weiter, „haftet für nachteilige Folgen." Wellspacher schließt daraus, daß hier eine Verpfändung ohne Übergabe und ohne Übergabeersatz vorgenommen werden könne. Aus dem ganzen Aufbau des Gesetzes entnimmt jedoch die herrschende Lehre, daß hier nicht nur eine Schadensersatzpflicht begründet wird, wie das Wellspacher annimmt, sondern daß die Verpfändung unwirksam ist[28]).

In der Tat hat sich die überwiegende österreichische Rechtslehre auch zur romanistischen Anschauung bekannt. Nicht nur hat sie die Trennung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten durchgeführt und jedes rechtliche Zwischengebilde wie das jus ad rem bei Seite gelassen. Vom preußischen Recht ist also in dieser Hinsicht nichts übernommen. Andererseits bedarf es zur Begründung des dinglichen Rechts im österreichischen Recht pinzipiell stets eines besonderen dinglichen Traditionsaktes, mag er nun in der Übergabe, mag er in der Einverleibung bestehen.

Versuche, ein jus ad rem auch für das österreichischen Recht anzuerkennen, wie sie von Melzer, Brügel und Wahle gemacht worden sind,[29]) können schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht durchdringen. Denn sowohl § 430 aBGB wie § 440 aBGB stellen gerade für den Fall der zweimaligen Veräußerung die Regel auf, daß dem Traditionserwerber der beweglichen Sache oder dem mit erstem Rang im Grundbuch Einverleibten das Eigentum zusteht. Auf eine Kenntnis vom bestehenden Übereignungsanspruch wird es hierbei gar nicht abgestellt[30]). Die heute herrschende Rechtslehre und die Rechtssprechung lehnen jedenfalls einhellig das jus ad rem für das österreichische Recht ab.

Wir sahen, daß im Laufe des 19. Jahrhunderts selbst der preußische Gesetzgeber bei der Schaffung des Eigentumserwerbsgesetzes von 1872 das Institut des jus ad rem nicht mehr aufgenommen hat. Vorher hatte man schon bei der Kodificierung des bürgerlichen Rechts in Sachsen die Frage, ob das Recht zur Sache in das sächsische BGB Eingang finden sollte, im verneinenden Sinne entschieden. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 2. 1. 1863 kennt ein Recht zur Sache nicht.

---

28) Klang § 452 I 1 c.
29) Zitiert bei Klang § 859 IV B I Anm. 92.
30) Unger I S. 547 und 548.

Vor dieselbe Frage wurde am Ende des 19. Jahrhunderts auch der Gesetzgeber des deutschen BGB gestellt. Schon die Motive zum Entwurf des BGB nehmen zu diesem Problem Stellung[31]). Dort wird ausgesprochen, daß ein Schuldverhältnis nur persönliche Beziehungen zwischen den vertragschließenden Parteien zu begründen vermöge. Über die Person des Schuldners greife „die Wirkung des Schuldverhältnisses an sich nicht hinaus". Die Sache selbst wird also durch die Obligation noch nicht in eine direkte rechtliche Beziehung zum Gläubiger gebracht. Die Motive betonen ihre Abkehr vom preußisch-rechtlichen Recht zur Sache ausdrücklich mit den Worten: „Kein jus ad rem." Irgendeine das Recht zur Sache enthaltende Gesetzesbestimmung findet sich demgemäß auch in den Entwürfen nicht. Der Gesetzgeber hat in erster Linie, um die reine Scheidung von persönlichen und dinglichen Rechten durchzuführen, die Aufnahme des jus ad rem, das wie oben gezeigt, eine Art von Zwischenstellung zwischen den beiden großen Rechtskategorien eingenommen hat, abgelehnt.[32]) In diesem Sinne sprechen sich auch die „Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB"[33]) zu dem Problem des jus ad rem aus. Boyens schreibt dort, daß der Entwurf mit Recht das preußische Recht zur Sache verworfen habe, da nach seiner Ansicht dasselbe „auf einer nur mangelhaften Trennung von obligatorischen und dinglichen Verträgen beruht, die nur schädlich und verwirrend wirken kann."

Diese Einstellung des Entwurfs zum Problem des jus ad rem ist nicht kritiklos hingenommen worden. Einmal ist von den Verfechtern des Rechts zur Sache darauf hingewiesen, daß die Abschaffung des jus ad rem in der Praxis zu unbilligen Ergebnissen führen werde. So sagt Kohler,[34]) daß es „zur Erhaltung der sittlichen Ordnnng und friedlicher Abwicklung der Verträge" nötig sei, dem Verletzten einen Anspruch gegen den schädigenden Dritten zu geben. Daraus ergebe sich „die Begründetheit des jus ad rem"; dieses finde eben „im aequum jus" seine Begründung. Ähnlich äußert sich O. Gierke[35]), daß es „unserem Rechtsgefühl" in vielen Fällen widersprechen könne, wenn man das jus ad rem nicht aufnehne.

Auf die Frage, ob die Nichtaufnahme des Rechts zur Sache nicht häufig zu Ergebnissen führen kann, die dem Rechtsempfinden widersprechen, ist man bei der Kodifikation des BGB. gar nicht ein-

---

31) M. II S. 2 und 3.
32) M. III S. 1.
33) Berlin 1890 S. 699.
34) Arch. f. bürg. Recht V S. 237.
35) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 189 u. 190.

gegangen. Die vorhandenen Materialien geben jedenfalls keinen Aufschluß darüber. Man betont nur, daß die reine und scharfe Trennung von persönlichen und dinglichen Rechten durch eine Einbeziehung des jus ad rem in das bürgerliche Recht leiden würde. Dieser „große Grundsatz“ ist ein Produkt rein romanistischer Gedankengänge. Die klare Scheidung des römischen Rechts zwischen persönlichen und dinglichen Rechten wurde Vorbild für die Gesetzgeber des BGB. Daß die Trennung der beiden großen Rechtskategorien notwendigerweise zu einer Ausschaltung des jus ad rem führen müsse, wurde von verschiedenen Seiten bestritten.[36]) O. Gierke, der zu der Frage der Aufnahme des jus ad rem ins BGB etwas eingehender Stellung nimmt[37]), vertritt den Standpunkt, daß die Trennung von dinglichen und persönlichen Rechten nicht unbedingt das Vorhandensein eines jus ad rem im Rechtssystem ausschließe. Mit dem „großen Grundsatz“ des Entwurfs, nämlich der Trennung von persönlichen und dinglichen Rechten, sei es durchaus vereinbar, wenn man der Obligation die Wirkung beilege, daß sie die Sache insoweit ergreife, als die Kenntnis eines Dritten von einem bereits bestehenden Veräußerungsgeschäft dessen Erwerb hindere.

Die Schöpfer des BGB, die in ihrer Einstellung zum Problem des jus ad rem lediglich von römisch-rechtlichen Gedanken geleitet wurden[38]), lehnten das dem mittelalterlichen Recht entstammende Recht zur Sache ab. Das eigenartige Rechtsgebilde des jus ad rem ist im geltenden deutschen bürgerlichen Recht verschwunden.[39])

Bei der Schaffung der neuen schweizerischen Gesetzbücher – des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts –, die beide, zumal das Obligationsrecht, in vielen Beziehungen nach dem Vorbild des deutschen BGB ausgearbeitet wurden, hat die Frage, ob das Recht zur Sache aufzunehmen sei oder nicht, überhaupt keine Rolle gespielt. Auch das schweizerische Recht hat die Trennung zwischen

---

36) Klöppel: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in Gruch. Beitr. 32 S 644. Jakobi: Imobilar-Miete und Pacht, im Arch. f. Bürg. Recht II S. 56 ff.

37) Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 188 ff.

38) Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht S. 190. Jacobi a. a. O. S. 56.

39) Crome: II S. 3. Dernburg: III S. 196. Endemann: II, 1 § 10 Anm. 5, § 17a Anm. 10. Enneccerus-Lehmann S. 3 und 4. Gierke: Deutsch. Privatr. II S 610 ff. Plank: Sachenrecht. Vorbem. S. 8 u 9. Oertmann: Vorbem. vor § 241 Nr. 3. RGRKomm: Vorbem. vor § 241. RGZ. 57 S. 355.

obligatorischen und dinglichen Rechten scharf durchgeführt. Das obligatorische Recht ist ein nur relativ wirkendes Recht, Wirkungen gegen Dritte strahlt es nicht aus. Das schweizerische Recht hat das jus ad rem genau wie das deutsche Recht nicht aufgenommen[40]).

II. Teil

Die Behandlung der Frage im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht.

§ 3

Die bloß obligatorische Wirkung des Kaufvertrages und die besonderen dinglichen Übereignungshandlungen.

I. Die aus dem Kaufvertrage sich ergebende schuldrechtliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung.

Nach geltendem deutschen Recht schafft der Kaufvertrag nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Vertragsparteien. Er verpflichtet den Verkäufer grundsätzlich zur Übergabe und Eigentumsverschaffung der verkauften Sache an den Käufer, wohingegen dieser zur Abnahme der Sache und Zahlung des vereinbarten Kaufpreises verpflichtet wird. (§ 433 BGB). Das Gleiche gilt im scheizerischen Recht. Der Art. 184 OR, der dem § 433 BGB nachgebildet ist[1]), bestimmt die Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe und Eigentumsverschaffung. Im österreichischen Recht folgt die Übergabepflicht des Verkäufers aus §§ 1053 S. 1, 1061 und 1047 aBGB Die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung spricht das aBGB in § 1053 S. 3 aus.

Diese Verpflichtungen ergeben sich in gleicher Weise beim Verkauf von beweglichen, wie von unbeweglichen Sachen. Jedoch bestehen für Kaufverträge über Liegenschaften in allen drei Rechtssystemen besondere Formvorschrifen. Gemäß § 313 Abs. 1 BGB bedarf der Grundstückskaufvertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Hat eine solche nicht stattgefunden, so ist mangels der

40) Oser: Vorbem. zu Art 1—67 Nr. 12.

1) Im alten Obligationenrecht von 1881 war der entsprechende Art. 229 anders gefaßt.

durch das Gesetz vorgeschriebenen Form der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nichtig (§ 125 BGB). Keiner der Kontrahenten hat vertragliche Ansprüche gegen den anderen erworben. Ebenso verlangt das schweizerische Recht die öffentliche Beurkundung. (Art. 657 ZGB, Art. 216 Abs. 1 OR). Ist diese Form von den Parteien nicht beobachtet worden, so ist der Kaufvertrag nichtig. (Art. 11 Abs. 2 OR). Eine nachträglich durch Eintragung erfolgende Heilung der Nichtigkeit, wie sie das deutsche Recht im § 313 Satz 2 BGB aufgestellt hat, kennt das schweizerische Recht nicht.

Das österreichische Recht hat neuerdings Grundstückskaufverträge in eigenartiger Weise formalisiert. Nach § 21 des Grundverkehrsgesetzes vom 13. 12. 1919 kann der Verkäufer eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks vom Kaufvertrage zurücktreten, falls nicht über den Kaufvertrag eine einverleibungsfähige Urkunde errichtet ist. Im übrigen bleibt die Gültigkeit des Kaufvertrages unberührt davon, ob eine einverleibungsfähige Urkunde über den Kaufvertrag errichtet ist oder nicht, sofern es sich nur um Grundstücke handelt, die nicht unter den § 21 des angegebenen Gesetzes fallen. Die einverleibungsfähige Urkunde ist eine öffentliche oder beglaubigte private Urkunde, die den Veräußerungsvertrag enthält. Die Vorlegung einer solchen einverleibungsfähigen Urkunde ist aber ein wesentliches Erfordernis für die Eintragung des Käufers in das Grundbuch[2]. Praktisch ist daher eine Beurkundung des Kaufvertrages über ein Grundstück stets erforderlich, damit der Käufer als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden kann. Die Gültigkeit des Kaufvertrages selbst hängt jedoch von der Beurkundung nicht ab.

Die dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung an der verkauften Sache ist noch nicht durch den Abschluß des Kaufvertrages erfüllt. Durch diesen allein geht das Eigentum nicht auf den Käufer über. Das ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des Gesetzes. § 433 Abs. 1 BGB wie Art. 184 OR und § 1053 S. 3 aBGB sprechen nur davon, daß der Verkäufer **verpflichtet** ist, dem Käufer das **Eigentum** an der Sache zu **verschaffen**. Vielmehr bedarf es zur Eigentumsübertragung besonderer dinglicher Erfüllungshandlungen. Diese Trennung von obligatorischem und dinglichem Geschäft entspricht dem allgemeinen Grundsatz in den drei geltenden Zivilrechtssystemen, das verpflichtende Grundgeschäft von dem dinglichen Erfüllungsgeschaft begrifflich von einander zu scheiden. Das deutsche BGB. hat diese begriffliche Scheidung am schärfsten durchgeführt. Es hat nämlich das

---

2) S. u. § 3.

dingliche Erfüllungsgeschäft zu einem abstrakten Rechtsgeschäft ausgestaltet, d. h. das rechtsübertragende dingliche Geschäft ist selbst dann wirksam, wenn das auf die Erfüllung hinzielende Kausalgeschäft nichtig ist.[3]) Im schweizerischen Recht ist die abstrakte Natur der Fahrnisübereignung bestritten. Die herrschende Ansicht spricht sich dafür aus[4]), während Wieland[5]) und Eger[6]), neuerdings auch das Bundesgericht[7]) die Gültigkeit des Übereignungsgeschäftes von der Wirksamkeit des Kausalgeschäftes abhängig sein lassen. Daß das schweizerische Recht zur Gültigkeit des Eigentumserwerbs an Grundstücken einen rechtlich wirksamen Erwerbsgrund (titulus) erfordert, geht aus mehreren gesetzlichen Bestimmungen einwandfrei hervor. So bestimmt Art. 965 ZGB: „Grundbuchliche Verfügungen wie Eintragung, Änderung, Löschung dürfen in allen Fällen nur auf Grund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden.“ Ferner Art. 974 Abs. 2 ZGB: „Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund erfolgt ist.“

Im österreichischen Recht ist der Erwerbungstitel wesentliches Erfordernis zur Übereignung von beweglichen wie unbeweglichen Sachen. Die Übereignung ist hier nur dann vollgültig, wenn eine wirksame Übereignugscausa vorhanden ist. (§§ 425, 434 aBGB)[8])[9]).

II. Der Eigentumserwerb an der beweglichen Kaufsache.

Aus dem Kaufvertrage erlangt der Käufer nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Verkäufer auf Übereignung. In eine direkte rechtliche Beziehung zur Kaufsache wird er durch Abschluß des obligatorischen Kaufgeschäftes vor der Vollendung der dinglichen Übereignungshandlungen noch nicht gesetzt. Die Verfügungsmacht über den Kaufgegenstand verbleibt auch nach Abschluß des Kaufvertrages allein bei dem Verkäufer, vorausgesetzt natürlich, daß er überhaupt verfügungsberechtigt ist.

---

3) Enneccerus-Nipperdey § 139 I 5 b. Oertmann: Vorbem. vor § 104 Nr. 7. Planck: Allgem. Teil. Rechtsgeschäft VII 2. RGRKomm Vorbem § 164 Nr 5.

4) Gmür Art. 714 Nr. 23. v. Tuhr: Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht in Zeitschr. für schweiz. Recht 1921 S. 66 ff. Huber: Zum schweiz. Sachenrecht Bern. 1914 S. 120.

5) Art. 714 Nr. 3 b.

6) Zeitschr. für schweiz Recht Bd. 55 S. 334 ff bes. S. 344.

7) BGE. 55. 2. 306.

8) Klang §§ 424, 425. S. u. § 7.

9) Eine gleiche Regelung wie das österreichische Recht wies bereits das Preuß. ALR. auf s. o. S. 6, 7.

Das hat auch trotz entgegengesetzter Konstruktionsversuche für das österreichische Recht zu gelten; denn § 425 aBGB bestimmt ausdrücklich: „Der bloße Titel gibt noch kein Eigentum.“ Dennoch ist in der österreichischen Rechtswissenschaft der Versuch unternommen worden, dem Erwerbstitel nach dem Vorbild der französischen Rechtsverschaffungsobligation eine dingliche Wirkung beizulegen[10]). So hat Wellspacher[11]) angenommen, daß das Eigentum bereits beim Vorhandensein eines gültigen Titels – und als gültiger Titel ist gemäß der ausdrücklichen Anordnung des § 1053 S. 2 aBGB der Kaufvertrag anzusehen – übergehe. Zum Eigentumserwerb sei die Tradition nicht wesentliches Erfordernis, vielmehr diene sie nur dazu, den Eigentumserwerb nach außen kund zu tun. Fehle die traditio, so könne allerdings der Eigentumserwerb dritten Personen nicht entgegengesetzt werden. Wellspacher gibt selbst zu, daß die Redaktoren des Gesetzes diesen Gedanken nicht nach allen Richtungen durchdacht hätten. Boden hat die Wellspacher'sche Lehrmeinung niemals gewonnen. Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht zu deutlich gegen die Richtigkeit seiner Auffassung[12]).

Ebenso unzutreffend ist die Theorie von Geller[13]), der gleichfalls nach Vorbild des französischen Rechts einen Eigentumsübergang beim Vorliegen eines vollendeten Titelgeschäftes annimmt[14]). Zwar erfährt der Grundsatz, daß zum Eigentumserwerb die Übergabe erforderlich ist, durch die Zulassung des Besitzkonstituts eine erhebliche Einschränkung. In diesen Fällen wird allerdings eine Rechtslage geschaffen, die im Ergebnis dem Geller'schen Resultat ähnlich ist. Doch ist die rechtliche Konstruktion, die diese ähnlichen Ergebnisse zeitigt, jeweils eine ganz verschiedene. Der Eigentumserwerb durch Besitzkonstitut setzt, wie noch zu zeigen sein wird[15]), eine dingliche Einigung und die Vereinbarung eines Besitzverhältnisses voraus. Beides ist nach der Geller'schen Lehrmeinung für den Eigentumserwerb überflüssig.

Bis zu dem Zeitpunkte nun, in welchem der erste Käufer Eigentümer geworden ist, kann der zweite Käufer durch den Kauf der gleichen Sache die Erfüllung des zwischen dem Verkäufer und ersten Käufer bestehenden Vertrages verhindern. Um jenen Zeitpunkt be-

---

10) S. u § 11.
11) Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. 1906 S. 165. (zit. bei Ehrenzweig § 206 I).
12) Ehrenzweig: § 206 I. Klang: § 425 I 1.
13) Zit. bei Klang § 425 I 1.
14) S. u. § 11.
15) S. u. S. 20 ff.

stimmen zu können, in welchem der erste Käufer die rechtliche Vollgewalt an der Sache erlangt, gilt es die für den Fahrniserwerb erforderlichen Voraussetzungen zu prüfen. Zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen ist grundsätzlich erforderlich die Besitzübertragung und die dingliche Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang (BGB § 929). Zwar sagt das schweizerische Recht in Art. 714 Abs.1 ZGB nur, daß es zur Übertragung des Fahrniseigentums des Überganges des Besitzes auf den Erwerber bedarf. Von der dinglichen Einigung ist hier im Gegensatz zu § 929 BGB nicht die Rede. In Übereinstimmung mit der schweizerischen Rechtslehre[16]) und der Rechtsprechung[17]) wird man die dingliche Einigung für erforderlich halten müssen. In der Tatsache der Hingabe der Sache, in der traditio selbst[18]) ist die dingliche Einigung, der dingliche Vertragsabschluß zu finden[19]). Auch das aBGB, das zur Eigentumsübertragung „grundsätzlich" die rechtliche Übergabe und Übernahme der Sache, also die Besitzübertragung fordert (§ 425 aBGB), sagt von einer dinglichen Einigung der Parteien über den Eigentumswechsel nichts. Nach Ansicht der Gesetzgeber des aBGB war die Übergabe nichts als ein bloßer Realakt. Die traditio war eine Tatsache[20]). Eine selbständige rechtsgeschäftliche Bedeutung kam ihr damals nicht zu. Die heute herrschende Lehre sieht in der Tradition jedoch einen dinglichen Vertrag. Bei der Besitzübertragung müssen sich die Parteien über den Eigentumsübergang einig sein[21]). Abgesehen von der Besitzübergabe und der dinglichen Einigung ist im österreichischen Recht zur Eigentumsübertragung eine gültige causa erforderlich[22]). Für das schweizerische Recht ist, wie oben bereits angedeutet, diese Frage strittig[23]).

Solange also diese zur Fahrnisübereignung erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, kann der zweite Käufer die dem ersten Käufer geschuldete Sache vom Verkäufer erwerben, ohne daß ein dingliches Recht des ersten Käufers verletzt wird.

Im Falle der zweimaligen Veräußerung wird daher derjenige Eigentümer, an den zuerst die Übergabe bewirkt wird. Obwohl dieses bereits eine Folge der allgemeinen Regeln über den rechtsgeschäftlichen Fahrniserwerb ist und auch im österreichischen Recht

16) Wieland Art. 714 Nr. 3a. Gmür Art. 714 Nr. 12/16. v. Tuhr in Zeitschr. für schweiz. Recht 1921 S. 66 ff.
17) BGE. 28. 2. 77
18) v. Tuhr a. a. O. S. 67.
19) Gmür Art. 714 Nr. 13 und 14. Wieland Art. 714 Nr. 3 a.
20) v. Stubenrauch § 425 Nr. 1.
21) Klang § 425 I 2 b. Ehrenzweig § 208.
22) S. o. S. 17.
23) S. o. S. 17.

sich bereits aus der Anwendung der §§ 424, 425 aBGB ergibt, ist hier diesem Rechtsgedanken im § 430 aBGB noch einmal besonders Ausdruck verliehen. Dort heißt es: „Hat ein Eigentümer eben dieselbe bewegliche Sache an zwei verschiedene Personen, an eine mit an die andere ohne Übergabe veräußert, so gebührt sie derjenigen, welcher sie zuerst übergeben worden ist."

Der Eigentumserwerb des zweiten Käufers wird auch nicht durch die Kenntnis von dem zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer bestehenden Vertrage beeinträchtigt[24]). Der gute Glaube bezieht sich im deutschen und österreichischen Recht lediglich auf das Eigentum (§ 932 BGB, § 367 aBGB), im schweizerischen Recht auf die Verfügungsbefugnis des Veräußerers[25]). Das Eigentum wie auch die volle Verfügungsbefugnis sind trotz des mit dem ersten Käufer abgeschlossenen Kaufvertrages beim Verkäufer geblieben.

In allen drei Rechtssystemen besteht die Möglichkeit, daß der erste Käufer bereits Eigentümer der beim Verkäufer belassenen Kaufsache geworden ist. Im deutschen, schweizerischen[26]) und österreichischen Recht nämlich kann das Eigentum auch durch eine Besitzübergabesurrogat und zwar durch das sogenannte Besitzkonstitut erworben werden. Die Regelung dieses Rechtsinstitutes ist in den drei Rechtssystemen ziemlich gleich. Erforderlich ist einmal wiederum die dingliche Einigung über den Eigentumsübergang. Sodann muß zwischen den Parteien statt der Übergabe ein Rechtsverhältnis vereinbart sein, kraft dessen der Verkäufer gegenüber dem ersten Käufer zum unmittelbaren Besitze oder genauer, da dem schweizerischen und österreichischen Recht der Begriff der Scheidung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz fremd ist, zur Ausübung der effektiven Besitzherrschaft berechtigt oder verpflichtet ist (§ 930 BGB, Art. 717 ZGB, § 428 aBGB)[27])[28]). Verabredet also beispielsweise der

24) Klang § 879 II N.

25) Gmür Art. 714 Nr. 22.

26) Im schweizerischen Recht ist in den Fällen, in denen die Benachteiligung Dritter oder die Umgehung von Bestimmungen über das Faustpfandrecht beabsichtigt ist, der Eigentumerwerb gegenüber Dritten unwirksam (Art. 717 ZGB).

27) Biermann § 930 Nr. 1 c. Planck § 930 Nr. 3. Staudinger § 930 Nr. 1 b. Wolff § 67, I. RG in RGZ 49 S. 173; 98 S. 133; 131 S. 186, in Warn. 1925 S. 254. Klang § 428, III 1. Ehrenzweig § 176, I.

28) Anders als das deutsche u. schweizer. Recht wird im österr. Recht das „abstrakte" Konstitut für ausreichend gehalten. Ebenso für das deutsche Recht Heck Sachenrecht S. 500 ff. Diese Streitfrage ist allerdings hier belanglos, da auch nach Ansicht der Verfechter des abstrakten Konstituts stets ein den Besitz vermittelndes Rechtsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber vorhanden sein muß. (s. Klang § 428, III 2.)

Verkäufer mit dem ersten Käufer beim Kaufabschluß, daß er von nun an die verkaufte Sache für den ersten Käufer verwahren oder daß er sie weiter zur Leihe behalten werde, so ist damit das Eigentum an der Kaufsache auf den ersten Käufer übergegangen. Die Parteien haben ein Rechtsverhältnis vereinbart, das dem Veräußerer den effektiven, nach deutschem Recht unmittelbaren Besitz beläßt und dem Erwerber gleichfalls einen, wenn auch nicht tatsächlichen Besitz verschafft. In dieser Vereinbarung kann zugleich auch oftmals die Einigung über den Eigentumsübergang liegen. Es ist nicht erforderlich, daß die dingliche Einigung und das Besitzkonstitut ausdrücklich geschlossen werden; es reicht vielmehr aus, wenn der Abschluß dieser Vereinbarungen stillschweigend getroffen ist und sich aus den Umständen ergibt[29]). Beläßt der Käufer die verkaufte Sache ohne jede weitere ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung beim Verkäufer, so darf daraus ohne Vorliegen besonderer Anhaltspunkte nicht geschlossen werden, daß zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis, etwa ein Verwahrungsvertrag, begründet sei, welches dem Käufer bereits den rechtlichen Besitz an der Sache verschafft habe[30]).

Es ergibt sich hiernach, daß niemals der Kaufvertrag schon das Eigentum auf den Käufer übergehen läßt[31]), sondern daß immer noch zwei allerdings nicht zusammenfallende Vereinbarungen, die dingliche Einigung und das Besitzkonstitut, hinzutreten müssen, um dem ersten Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen.

Verkauft und übergibt jetzt der Verkäufer die durch Besitzkonstitut dem ersten Käufer übereignete Sache dem zweiten Käufer, so hängt dessen Eigentumserwerb davon ab, ob er Kenntnis gehabt hat von den die Übereignung vermittelnden Vereinbarungen zwischen Verkäufer und dem ersten Käufer. Das Wissen um den Kaufvertrag zwischen Verkäufer und ersten Käufer versetzt den zweiten Käufer noch nicht in bösen Glauben. Erst, wenn er weiß oder nach schweizerischem und österreichischem Recht aus Fahrlässigkeit, nach deutschem Recht aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß[32]), daß zwischen dem Ver-

---

29) Wolff § 67, I, 1. Gmür Art. 717 Nr. 18. Klang § 428, III, 3 und die dort in Anm. 17 genannten Autoren. Anders Ehrenzweig § 176, I.

30) Wolff § 67, I, 1. RG in Recht 1909 Nr. 844; 1911 Nr. 3322. Gmür Art. 717 Nr 12 und die dort zit. Entsch. Bl. Zu. R. 8 Nr. 41. Klang § 428, III, 1. Ehrenzweig § 176, I.

31) Diesen Standpunkt nimmt für das deutsche Recht Kohler in Arch. f. bürg. Recht Bd. 18 S. 1 ff., 74 ff. ein Dagegen Planck § 930 Nr. 1.

32) BGB. § 932.. Gmür Art. 714 Nr. 33. Tuor S. 411. Klang § 367, IV. 2 Anm. 34. Anders für das österr. Recht Ehrenzweig, der annimmt, daß, wie im deutschen BGB erst grobe Fahrlässigkeit den redlichen Rechtserwerb ausschließe.

käufer und dem ersten Käufer der Eigentumsübergang und ein Besitzkonstitut vereinbart sind, erlangt er nicht das Eigentum an der zweimal verkauften Sache. Hat der zweite Käufer die dem ersten Käufer gehörige Sache bösgläubig erworben, so ist dieser Eigentümer geblieben. Mit der dinglichen Klage (rei vindicatio) kann er die Sache vom zweiten Käufer herausverlangen.

Dem deutschen und schweizerischen Recht ist noch eine weitere Möglichkeit des rechtsgeschäftlichen Fahrniserwerbes bekannt. Eigentum an der beweglichen Sache kann in beiden Rechtssystemen erworben werden durch Abtretung des Herausgabeanspruchs. Für das deutsche Recht ist das eindeutig in § 931 BGB ausgesprochen. Das schweizerische Recht zählt diesen Erwerbsmodus nicht ausdrücklich unter den Arten des rechtsgeschäftlichen Fahrniserwerbes auf. Die Zulässigkeit dieser Eigentumserwerbsart kann jedoch nicht zweifelhaft sein.[33]) Art. 717 ZGB schreibt vor, daß es zur Besitzübertragung des Überganges des Besitzes auf den Erwerber bedarf. Daß der Besitz aber auch ohne körperliche Übergabe erworben und übertragen werden kann, wenn ein Dritter im Besitz der Sache ist, bestimmt Art. 924 ZGB ausdrücklich.

Erforderlich sind zum Eigentumserwerb die dingliche Einigung und die Abtretung des Besitzherausgabeanspruches gegen denjenigen, der die Sache in tatsächlichen Besitz hat. Im schweizerischen Recht genügt sogar schon die Willenseinigung zwischen Veräußerer und Erwerber[34]), daß dieser nunmehr gegenüber dem Dritten berchtigt sein soll. (Besitzanweisung)[35]. Weitergehend als das deutsche Recht bestimmt das ZGB noch, daß gegenüber dem Dritten die Besitz- und damit auch die Eigentumsübertagung erst dann wirksam ist, wenn ihm der Veräußerer davon Anzeige gemacht hat (Art. 942 Abs. 2 ZGB).

Hat der Verkäufer nun die Kaufsache durch Vindikationszession oder durch Besitzanweisung dem ersten Käufer übereignet und erhält danach der zweite Käufer den Besitz an der Sache direkt vom Verkäufer, so hat das zuvor Gesagte[36]) auch hier zu gelten. Der zweite Käufer erhält eine nicht dem Verkäufer, sondern dem ersten Käufer gehörige Sache. Das Eigentum an ihr erwirbt er, wenn er von der Vindikationszession oder der Besitzanweisung an den ersten Käufer nichts weiß, und dieses Nichtwissen auch nicht auf Fahrlässig-

---

33) Gmür Art. 717 Nr. 7. Tuor S. 403.

34) Bedeutung hat das gegenüber dem deutschen Recht wegen der Formbedürftigkeit (Schriftform) der Zession im schweizerischen Recht. (OR Art. 165 Abs. 1)

35) Gmür Art. 924 Nr. 4.

36) S. o. S. 21.

keit bezw. im deutschen Recht auf grober Fahrlässigkeit beruht.[37]).

Wenn wir auch davon ausgegangen waren, daß dem zweiten Käufer die zweimal verkaufte Sache vom Verkäufer übergeben wird, so soll doch noch kurz erörtert werden, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn nach der Vindikationszession oder Besitzanweisung an den ersten Käufer noch einmal eine solche zugunsten des zweiten Käufers vom Verkäufer vorgenommen wird. Tritt der Verkäufer den Herausgabeanspruch gegen den dritten tatsächlichen Besitzer nach der Vindikationszession bezw. Besitzabtretung an den ersten Käufer noch einmal an den zweiten Käufer ab, so wird dieser dadurch nicht Eigentümer. Für das deutsche Recht folgt das daraus, daß dem Verkäufer nach der Anspruchabtretung an den ersten Käufer ein Anspruch gegen den unmittelbaren Besitzer gar nicht mehr zusteht.[38]) Gibt aber die unmittelbar besitzende Person die Sache dem zweiten Käufer heraus, so dürfte dieser mit der Erlangung des unmittelbaren Besitzes dennoch Eigentümer werden; denn hier wird, wie Planck zutreffend darlegt[39]), für einen Augenblick ein mittelbares Besitzverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem unmittelbaren Besitzer hergestellt, indem dieser nämlich, der Anweisung des Verkäufers folgend, die Sache an den zweiten Käufer herausgibt.[40]) Voraussetzung für diesen Eigentumserwerb ist aber wiederum, daß der zweite Käufer bezüglich der Eigentumsverhältnisse gutgläubig war.[41]) War der zweite Käufer bei der Erlangung des unmittelbaren Besitzes gutgläubig, so erhält er das Eigentum an der Sache, die nicht mehr dem Verkäufer, sondern bereits dem ersten Käufer gehört hatte. Damit verliert dieser den dinglichen aus dem Eigentum herrührenden Anspruch auf Herausgabe der Sache. Für den Fall der bösgläubigen Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den zweiten Käufer bleibt dem ersten Käufer die rei vindicatio erhalten.

Durchaus eindeutig ergibt sich die Lösung dieses Problems im schweizerischen Recht. Voraussetzung für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb ist stets der Besitzübergang. Ein Besitzübergang durch Besitzanweisung oder Anspruchsabtretung ist aber nur dann möglich, wenn der Dritte gegenüber dem Veräußerer als unselbständiger Besitzer besitzt.[42]) Mit der ersten Besitzanweisung oder Besitzzession nun ist der erste Käufer in die Stellung des selbständigen Besitzers ein-

---

37) S. o. S. 21.
38) Biermann § 934 Nr. 1 c. Endemann II, § 81 Anm. 20. Planck § 934 Nr. 4. Wolff § 69, II d.
39) § 934 Nr. 4.
40) Biermann § 934 Nr. 1c.
41) S. o. S. 21.
42) Art. 920 Abs. 2 ZGB.

gerückt, und damit hat der Verkäufer aufgehört, selbständiger Besitzer zu sein. Er kann daher eine gleiche Besitzübertragung nicht mehr wirksam vornehmen.[43]) Der zweite Käufer erwirbt also bei einer zweimaligen Besitzanweisung oder Vindikationszession überhaupt kein Eigentum, mag er auch im guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Verkäufers gewesen sein.[44])

Das österreichische Recht kennt einen Eigentumserwerb durch Abtretung des Herausgabeanspruchs überhaupt nicht. Bei einer Anspruchszession wird das Eigentum stets erst mit der Besitzerlangung an der Sache erworben.[45]) Das Eigentum würde also, selbst wenn dem ersten Käufer zuerst der Herausgabeanspruch abgetreten ist, der zweite Käufer mit der Übernahme der Sache erhalten. Die Kenntnis von der Anspruchsabtretung an den ersten Käufer macht ihn auch nicht bösgläubig, da die Sache noch im Eigentum des veräußernden Verkäufers steht.

III. Die Übereignung der unbeweglichen Kaufsache.

A. Im deutschen Recht.

Entsprechend dem Eigentumserwerb von beweglichen Sachen ist beim Grundstückserwerb eine dingliche Einigung erforderlich. Um diese Rechtsänderung nach außen kund zu tun, bedarf es nicht wie bei beweglichen Sachen des Besitzerwerbes, vielmehr wird hier die Publizitätswirkung durch die Eintragung in das Grundbuch geschaffen. Die nach § 873 BGB erforderliche Einigung der Parteien über den Erwerb eines Grundstücksrechts muß hier beim Erwerb des Eigentums in besonderer Form, nämlich „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt[46]) erklärt werden." (BGB §§ 925, 873). Außer dieser besonderen Form der dinglichen Einigung, der Auflassung, ist zur Übertragung des Eigentums gemäß § 873 BGB „die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich." Das Eigentum verliert also der Verkäufer zu Gunsten des Käufers erst dann, wenn diesem das Grundstück aufgelassen, und die Eigentumsänderung in das Grundbuch eingetragen ist; denn erst die der Einigung nachfolgende Eintragung bewirkt die Änderung der Eigentumsverhältnisse. Mag also bereits die Auf-

43) Gmür Art. 933 Nr. 15, 16.
44) Gmür Art. 933 Nr. 15.
45) Ehrenzweig § 206, II. Klang § 428, IV 1.
46) Nach Landesrecht kann diese Erklärung, die Auflassung, auch vor einem Notar, einer anderen Behörde oder einem Beamten erklärt werden. (§ 143 Abs. 1 EGBGB).

lassung seitens des Verkäufers gegenüber dem ersten Kaufer erklärt sein, so hat dieser dadurch noch kein Eigentum erworben. Auch nach der Auflassung kann der Verkäufer das ihm zustehende Eigentum an dem dem ersten Käufer verkauften und schon aufgelassenen Grundstück immer noch an den zweiten Käufer übereignen. Erfolgt die Eintragung des zweiten Käufers als Eigentümer des verkauften Grundstücks vor der Eintragung des ersten Käufers, so hat der zweite Käufer das Eigentum daran erworben. Ebensowenig wie beim Mobiliarerwerb wird hier der gute Glaube des zweiten Käufers im Sinne von § 892 BGB durch Kenntnis vom ersten Kaufvertrage und der gegenüber dem ersten Käufer erklärten Auflassung beeinträchtigt. § 892 BGB sagt nur, daß der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten desjenigen, der ein Grundstücksrecht erwirbt, grundsätzlich als richtig gilt. Tatsächlich ist das Grundbuch auch trotz der Auflassung an den erster Käufer richtig geblieben. Denn der Verkäufer ist bis zur Umschreibung des Eigentums immer noch Eigentümer.

Nun bestimmt aber § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB: „Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zu Gunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist.“ Wenn man einmal mit Koffka und Simon [47]) davon ausgehen will, daß die Auflassung für den Veräußerer eine Verfügungsbeschränkung begründe, so würde allerdings der zweite Käufer das Eigentum an dem dem ersten Käufer verkauften und aufgelassenen Grundstück nicht mehr erwerben können, wenn er Kenntnis von der Auflassung an den ersten Käufer hätte; denn dann würde er die fehlende Verfügungsmacht des Verkäufers kennen. Zur Begründung ihrer Ansicht, daß die Auflassung eine Verfügungsbeschränkung des Veräußerers begründe, gehen die oben genannten Autoren von dem Wortlaut des § 873 Abs. 2 BGB aus. Dort wird bestimmt, daß die Beteiligten an die Einigung gebunden sind, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt eingereicht oder abgegeben wurden. Das ist bei der Auflassung der Fall. Die Auflassung ist die vor dem Grundbuchamt von den Parteien erklärte bezw. eine notariell beurkundete Einigung über den Eigentumsübergang. Daß das Gebundensein gleichzusetzen sei mit In-der-Verfügung-beschränkt-sein, konstruiert Koffka auf folgende Weise:

47) Koffka: Bindung an den dinglichen Vertrag In Festschrift für Wilk: S. 171 ff. Simon: Die Natur der sachenrechtlichen Einigung. In Leonhard's Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Heft 20.

In der Bindung der Parteien an die dingliche Einigung sei ein Ausschluß des Rechtes auf Widerruf zu erblicken. Ein Widerruf brauche nicht notwendig ausdrücklich zu erfolgen, sondern dieses könne auch konkludent geschehen. Ein konkludenter Widerruf liegt nach Koffka[48]) darin, daß der Veräußerer „ein mit dem gewährten Recht kollidierendes anderes Recht“ auf einen anderen übertrage. Da der Ausschluß des Rechtes auf Widerruf sich nicht nur auf den ausdrücklichen sondern auch auf den konkludenten Widerruf erstrecken solle, so könne der Veräußerer keine mit dem gewährten Recht kollidierende Verfügung zu Gunsten einer anderen Person vornehmen. Darin sei die sich aus der dinglichen Einigung ergebende Verfügungsbeschränkung zu erblicken. Unter Anwendung der §§ 892 und 135 BGB gelangt daher Koffka zu dem oben auf Seite 25 gegezeigten Ergebnis.

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Mit Recht wird sie auch von der herrschende Lehre und der Rechtsprechung verworfen.[49]) Wenn § 873 Abs. 2 BGB bestimmt, daß die Parteien an die dingliche Einigung gebunden sind, sobald diese vor dem Grundbuchamt erklärt ist, so heißt das weiter nichts, als daß die Parteien diese dinglichen Willenserklärungen nicht mehr widerrufen können. Ein Sich-Lossagen eines Vertragsteiles gegenüber dem anderen von der dinglichen Einigung würde unwirksam sein. Das Gesetz bietet aber weder dem Wortlaut noch seinem Sinn oder Willen nach einen Anhaltspunkt dafür, daß man der Bindung der Parteien an die dingliche Einigung eine über die Parteien hinausgehende Wirkung beilegen kann. Vielmehr will das Gesetz grundsätzlich eine dingliche Rechtswirkung oder genauer einen gegen jeden Dritten wirkenden Rechtszustand erst durch Einigung **und Eintragung** eintreten lassen. Das BGB bringt auch an zwei Stellen zum Ausdruck, daß Gebundenheit an die dingliche Einigung nicht ipso jure eine Verfügungsbeschränkung erzeugt. § 878 BGB sagt, daß „eine von dem Berechtigten in Gemäßheit des § 873 abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam wird, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung vor dem Grundbuchamte gestellt worden ist.“ Das Gesetz bringt hier also den Begriff der

48) a. a. O. S. 173.

49) Güthe-Triebel § 19 Nr. 74. Planck: § 873 III 2 c. Wolff: § 38 IV. RGRKomm. § 873 Nr. 13, § 925 N. 5. Warneyer: § 873 VII, § 925 VII.— RG in RGZ 55 S. 342; 66 S. 288; 73 S. 53; 81 S. 67; 113 S. 407. Bayr. Ob. LG. in JFG 2 S. 343.

Verfügungsbeschränkung in einen gewissen Gegensatz zu der bindend gewordenen Einigung.

Nach § 137 S. 1 BGB kann die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Es liegt auch kein Anlaß vor, unter dem Ausdruck Rechtsgeschäft nur das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zu verstehen. Vielmehr fällt darunter auch das dingliche Rechtsgeschäft.[50]) In § 137 BGB schließt also das Gesetz es aus, daß die Parteien durch Rechtsgeschäft, so z. B. durch eine dingliche Einigung oder eine Auflassung, die Verfügungsfähigkeit eines Vertragsteiles mit Wirkung gegenüber Dritten beschränken können. Man wird auch nicht sagen dürfen, § 137 BGB finde im vorliegenden Falle keine Anwendung, da es sich bei der bindend gewordenen Einigung um ein gesetzliches Veräußerungsverbot handele. Wenn das Gesetz die bindend gewordene Einigung zugleich mit einem Veräußerungsverbot hätte verbinden wollen, so hätte es dem zweifellos in der Fassung der Gesetzesnorm Ausdruck gegeben. Daß die Gesetzgeber aber an eine derartige Ausstattung der bindend gewordenen dinglichen Einigung nicht gedacht haben, geht aus den Protokollen der II. Kommission hervor[51]). Dort heißt es: „.... so werde man annehmen müssen, daß der unwiderruflich gewordene Verzicht, ebenso wie die unwiderruflich gewordene Einwilligungserklärung nur unter den Parteien wirke ....."

Ebenso unzutreffend wie die zur rechtlichen Begründung seiner Theorie vorgebrachten Argumente ist noch der folgende von Koffka zur Stützung seiner Rechtsauffassung angeführte Gesichtspunkt. Koffka behauptet nämlich, daß seiner Lehrmeinung der „Vorzug der Kontinuiät" zukomme[52]). Koffka hat dabei den § 48 Abs.1 und 3 der früheren preuß. GBO im Auge. Dort heißt es im Abs. 1: „Der Richter darf die Auflassungserklärung erst entgegennehmen. wenn er nach Prüfung der Sache dafür hält, daß der sofotigen Eintragung des Eigentums ein Hindernis nicht entgegensteht." Abs.3: „Die Eintragung des Eigentumsübergangs muß sich unmittelbar an die Auflassung anschließen." § 48 Abs. 1 und 3 preuß. GBO wurde früher dahin ausgelegt, daß Auflassung und Eintragung ein einheitlicher Akt seien. Daraus folgerte man weiter, daß nach der Entgegennahme der Auflassung durch den Grundbuchrichter das Grundbuch für weitere Verfügungen des Veräußerers über das aufgelassene Grundstuck verschlossen blieb.

50) Güthe-Triebel: § 19 Nr. 74.
51) III S. 72.
52) Koffka a. a. O. S. 179.

Dem ist entgegenzuhalten, daß das preuß. Immobiliarrecht in mancher Beziehung zwar dem BGB zum Vorbild diente, aber dennoch nicht in seiner Gesamtheit übernommen wurde; vielmehr ist das BGB bei der Neuregelung des Grundstücksrechts eigene Wege gegangen. So sahen wir z. B. bereits, daß das BGB das Eintragungprinzip streng durchgeführt hat, wohingegen dieses im preuß. Gesetz von 1872 nur zum Teil aufgenommen war [53]). Desgleichen unterschied sich die Vormerkung des preuß. Rechts durchaus von der des BGB [54]). Auch hinsichtlich der hier angeschnittenen Rechtsfrage hat das geltende Reichsrecht andere Wege eingeschlagen als das preuß. Landesrecht. Wir wiederholen noch einmal, daß auch trotz und nach der Auflassung die sachenrechtliche Verfügungsgewalt des Verkäufers über das Grundstück unberührt bleibt. Auch aus § 17 GBO läßt sich keine Beschränkung der Verfügungsmacht folgern. Zwar darf nach dieser Bestimmung das Grundbuchamt die später eingegangenen Anträge nicht vor den zuvor eingegangenen berücksichtigen. Doch handelt es sich hier um eine für das Grundbuchamt bestimmte Verfahrensvorschrift, die auf die materielle Rechtslage keinen Einfluß auszuüben vermag [55]).

Zusammenfassend stellen wir danach fest, daß der Verkäufer nach dem Verkauf des Grundstücks an den ersten Käufer und selbst nach der Auflassung des Grundstücks an diesen bis zum Zeitpunkt der Eintragung in der Lage bleibt, über das Grundstück noch in anderer Weise zu verfügen, insbesondere es einem zweiten Käufer zu übereignen. Dieser erlangt das Eigentum an dem Grundstück, sofern er nur vor dem ersten Käufer als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird.

B. Im schweizerischen Recht.

Hatte die Regelung des ZGB hinsichtlich der Fahrnisübereignung von gleichen Grundlagen ausgehend zu gleichen Ergebnissen geführt wie das deutsche Recht, so werden wir beim rechtsgeschäftlichen Liegenschaftserwerb in verschiedener Hinsicht Abweichungen von der deutschen Rechtsauffassung festzustellen haben. Zum Eigentumserwerb an einem Grundstück ist im schweizerischen Recht erforderlich einmal ein gültiger Erwerbstitel, dann eine Erklärung des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchamt und schließlich die Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch.

---

53) S. o. S. 9 u. 10.
54) Biermann: Widerspruch und Vormerkung S. 9 ff. 56, 57.
55) Güthe-Triebel: § 17 Nr. 2, 3, 28.

Die Publizität der rechtlichen Liegenschaftsverhältnisse wird in der Schweiz gleichfalls durch das Grundbuchsystem hergestellt. Dagegen weicht das schweizerische Recht vom deutschen Recht insofern ab, als es zur Übereignung von Immobilien das Vorhandensein eines gültigen Kausalverhältnisses erfordert. Im deutschen Recht ist dieses nicht nötig, da die Eigentumsübertragung auch bei Grundstücken abstrakt, d. h. losgelöst vom Rechtsgrunde ist.[56]) Zum Eigentumserwerb ist also einerseits gegenüber dem deutschen Recht mehr: nämlich ein Erwerbstitel, andererseits weniger erforderlich: es bedarf keiner Auflassung, d. h. keiner vor dem Grundbuchamt erklären dinglichen Einigung, ja es bedarf überhaupt keines besonderen dinglichen Vertrages.

Weiter ist erforderlich – und insoweit stimmen schweizerisches und deutsches Recht überein –, daß der Erwerber als Eigentümer eingetragen wird. Dieses ist im Art. 656 Abs. 1 ZGB ausdrücklich bestimmt.

Die Eintragung im Grundbuch erfolgt gem. Art. 963 Abs. 1 ZGB auf Grund einer schriftlichen Erklärung des Eigentümers des Grundstücks, auf das sich die Verfügung bezieht. Auch für die Eintragung des neuen Eigentümers ist anders als im deutschen Recht keine Auflassung, sondern nur die Erklärung des Eigentümers erforderlich. Einen Anspruch auf diese Erklärung hat der Käufer auf Grund des den Verkäufer zur Eigentumsverschaffung verpflichtenden Kaufvertrages. Art. 665 Abs. 1 ZGB hebt diesen Anspruch des Käufers ausdrücklich hervor: „Der Erwerbsgrund gibt dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums." Die Erklärung des Eigentümers hat eine zweifache Bedeutung. Sie ist einmal der Antrag an das Grundbuchamt, zum Zwecke einer Rechtsänderung tätig zu werden. Gleichzeitig enthält diese Erklärung eine materielle Seite. Sie enthält nämlich eine Eintragungsbewilligung, d. h. eine an den Vertragsgegner gerichtete Erklärung, wonach die aus dem Schuldgrunde zu bewirkende Leistung verbunden mit der Tätigkeit des Grundbuchamtes bewirkt werden soll. Mit der Erklärung trifft der Verkäufer die Verfügung, die vorzunehmen ihn der Kaufvertrag verpflichtete. Diese Eintragungsbewilligung geht also weiter als die des § 19 GBO. Diese ist ein formelles Erfordernis, ohne welches das Grundbuchamt nicht tätig werden darf. Die schweizerisch-rechtliche Eintragungsbewilligung ist zugleich ähnlich wie die Einigung des § 873 BGB ein materielles Erfordernis.

---

56) S. o. S. 16.

v. Tuhr sieht in der schriftlichen Erklärung an das Grundbuchamt lediglich ein Formalerfordernis zur Eigentumsübertragung.[57]) Nicht aber will er einen materiell rechtlichen Inhalt in dieser Erklärung enthalten wissen. Die materiellen Erfordernisse erschöpfen sich nach v. Tuhr[58]) in dem schuldrechtlichen Vertrag und der Eintragung. Er weist damit der rechtsgeschäftlichen Eigentumsübertragung an Grundstücken eine Stellung zu, die sich als eine eigenartige Kombination von französischem und deutschem Rechtsgedanken gut darstellt. Das Eintragungsprinzip entspricht deutsch-rechtlicher Anschauung. Dagegen wird dem Kausalgeschäft eine Bedeutung beigelegt, die der Obligation des französichen Rechts sehr nahe kommt.[59]) Er begründet diese These mit dem Hinweis auf Art. 974 Abs. 2 ZGB. Dieser lautet: „Ungerechtfertigt ist der Eintrag, der ohne Rechtsgrund oder aus einem unverbindlichen Rechtsgeschäft erfolgt ist." Ungerechtfertigt ist ein Eintrag auch dann, wenn er mit der dinglichen Rechtslage in Widerspruch steht.[60]) Diese Bestimmung sagt jedoch nichts anderes, als daß die dingliche Rechtslage ohne das Vorhandensein eines schuldrechtlichen Titels nicht geändert werden kann. Keinesfalls aber gibt die Bestimmung einen Anhaltspunkt dafür, in der Erklärung des Veräußerers an das Grundbuchamt nicht auch eine materiell-rechtliche Erklärung zu sehen. Der Ansicht von v. Tuhr ist ferner entgegenzuhalten, daß sie im Gegensatz zum Wortlaut des Art. 184 OR wie überhaupt zu den gesetzlichen Kaufregeln steht. Diese gehen von der Voraussetzung aus, daß der Verkäufer durch den Kaufvertrag nur zur Eigentumsverschaffung verpflichtet wird, dieselbe aber nicht schon durch Abschluß der Verpflichtung bewirkt.

Anders als v. Tuhr hatte sich Wieland[61]) auf den Standpunkt gestellt, daß die Erklärung des Eigentümers nach Art. 963 ZGB der Abschluß eines dinglichen Vertrages sei. Nach Wieland enthält die schriftliche Erklärung des Veräußerers die formell erforderliche Seite, nämlich die Aufforderung an das Grundbuchamt zum Tätigwerden, zugleich aber enthält sie eine materielle Seite; diese bewirke den Abschluß des dinglichen Vertrages über den Eigentumsübergang. Die einseitige Erklärung des Eigentümers genüge dazu, „da die Einwilligung des anderen Teils vorausgesetzt werden dürfe"[62]). Wieland sieht also in der Erklärung des Art. 963 ZGB

57) Zeitschr. f. schweiz. Recht 1921 S. 45.
58) a. a. O. S. 48 ff.
59) S. u. § 12.
60) Gmür: Art. 974 Nr. 2 ff.
61) Art. 963 Nr. 2.
62) Wieland: Art. 963 Nr. 2.

mehr als eine einseitige Erklärung, nämlich den endgültigen Abschluß eines dinglichen Vertrages. Insofern nähert sich seine Auffassung der des deutschen Rechtes, wo zur Begründung eines Rechts an einem Grundstück die dingliche Einigung beider Teile erforderlich ist (§§ 873, 925 BGB).

Der Theorie von Wieland ist entgegenzuhalten, daß einmal der Wortlaut des Gesetzes in Art. 963 Abs. 1 ZGB hier entgegensteht, was von Wieland selbst auch nicht geleugnet wird. Der Fehlschluß in der Wieland'schen Auffassung liegt besonders darin, daß die vertragliche Einwilligung des anderen Teiles vorausgesetzt wird. Diese braucht aber nicht notwendigerweise in jedem Falle vorzuliegen.

Man wird in der materiellen Seite der Erklärung vielmehr bloß eine einseitige Erklärung erblicken dürfen, mit der der Verkäufer seinerseits alle zur Eigentumsübertragung notwendigen Handlungen vorgenommen hat[63]).

Im übrigen ist die Frage, ob man in der Erklärung des Verkäufers eine einseitige dingliche Erklärung oder einen dinglichen Vertrag oder gar nur ein Formalerfordernis zur Eigentumsübertragung erblicken will, nicht von besonderer Bedeutung für unsere Hauptfrage. Selbst nach Abgabe der Erklärung bleibt der Verkäufer noch zur Veräußerung seines Grundstücks im Stande. Der erste Käufer erwirbt erst dann Eigentum, wenn er im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Art. 656 Abs. 1 ZGB bestimmt ausdrücklich, daß es zum Erwerbe des Grundeigentums der Eintragung in das Grundbuch bedarf. In den Art. 971 Abs.1 und 972 Abs. 1 ZGB findet sich die Bestätigung des Eintragungsprinzips: Dingliche Rechte entstehen und bestehen nur, wenn sie aus dem Grundbuche ersichtlich sind.

Dem Erwerb des zweiten Käufers steht auch nicht die Bestimmung des Art. 972 Abs. 2 ZGB entgegen: „Die Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Einschreibung in das Tagebuch zurückbezogen, vorausgesetzt, daß die gesetzlichen Ausweise der Anmeldung beigefügt oder bei den vorläufigen Eintragungen nachträglich rechtzeitig beigebracht werden." Diese Bestimmung entspricht etwa der des § 878 BGB und trifft wie dieser die Fälle, in denen der Veräußerer nach der Eintragungsbewilligung in der Verfügung beschränkt wird. Diese Bestimmung kann hier deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil sie eine endgültige Eintragung voraussetzt. Eine solche erfolgt hier aber überhaupt nicht; denn vielmehr wird sogleich der zweite Käufer eingetragen, der erste Käufer jedoch nicht[64]).

---

63) Gmür: Art. 963 Nr. 53. Guhl: S. 101 ff. Mercier: S. 200 u. 201.
64) v. Tuhr: Zeitschr. f. schweiz. Recht 1921 S. 63 Anm. 68.

Es bleibt nun noch zu prüfen, ob der zweite Käufer auch in Kenntnis des schon erfolgten Verkaufs der Liegenschaft an den ersten Käufer Eigentum erwerben kann, oder ob dem die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb entgegenstehen. Der böse Glaube des zweiten Käufers, d. h. die Kenntnis von dem ersten Kaufvertrage schließt einen Eigentumserwerb des zweiten Käufers grundsätzlich nicht aus. Eine Bösgläubigkeit des zweiten Käufers im Sinne der Art. Art. 973 und 974 ZGB kommt nur dann in Betracht, wenn die Verlautbarung des Grundbuchs und die materiell dingliche Rechtslage in Widerspruch stehen, und der zweite Käufer Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hatte. Das alles liegt hier aber gar nicht vor; denn bis zur Änderung der Eigentumseintragung ist der Verkäufer noch Eigentümer. (Art. Art. 656 Abs. 1, 971 Abs. 1, 972 Abs. 1 ZGB). Wenn also der Verkäufer noch als Eigentümer im Grundbuch steht, so ist dieses eben richtig nnd eine Anwendung des Art. 974 ZGB ausgeschlossen.

Der zweite Käufer, der von der Eintragung des ersten Käufers in das Grundbuch auf Grund eines zweiten über das bereits verkaufte Grundstück abgeschlossenen Kaufvertrages als Eigentümer eingetragen wird, verletzt also ein dingliches Recht des ersten Käufers nicht. Denn das Eigentum am Grundstück wird für den ersten Käufer erst begründet, wenn sämtliche für den Liegenschaftserwerb erforderlichen Voraussetzungen, nämlich Titel und schriftliche Erklärung des Veräußerers vorgelegen haben, und die Eintragung des ersten Käufers als Eigentümer in das Grundbuch erfolgt ist.

C. Im österreichischen Recht.

Zum Eigentumserwerb an Liegenschaften erfordert das österreichische Recht ebenso wie beim Fahrniserwerb zunächst das Vorhandensein eines gültigen Titels.[65]) (§§ 434, 425 aBGB). Wie im Mobiliarsachenrecht so reicht aber auch hier der Titel allein nicht aus, um das Eigentum übergehen zu lassen; vielmehr muß ein Rechtsakt hinzukommen, der die rechtliche Änderung nach außen hin kund tut. Der Publizität der rechtlichen Liegenschaftsverhältnisse dient im österreichischen Rechtsgebiet ebenso wie in Deutschland und der Schweiz das Grundbuch. Grundsätzlich sind alle Rechtsänderungen in das Grundbuch einzutragen. Erst die Eintragung in das Grundbuch, die sogen. Einverleibung, macht grundsätzlich die Rechtsänderung wirksam.

---

65) S. o. S. 17.

Im Vergleich zum deutschen und schweizerischen Grundbuchsystem mangelt es dem österreichischen Recht an der jenen beiden Rechten eigenen Geschlossenheit. So ist nicht überall und für alle Liegenschaftserwerbsarten die Eintragung in das Grundbuch vorgeschrieben, vielmehr genügt häufig die sogen. Urkundenhinterlegung zum Rechtserwerb an Grundstücken. Aber auch in den Fällen, in denen das Grundbuch allein maßgebend ist, hat man das Eintragungsprinzip nicht mit Konsequenz durchgeführt. Im deutschen und schweizerischen Recht wurde Eigentum an einem Grundstück durch Rechtsgeschäft nur erworben, wenn der Erwerber in das Grundbuch eingetragen war. Die Besitzübergabe des Grundstücks spielte dabei keine Rolle. Die Priorität der Eintragung war im Falle zweifacher Veräußerung allein maßgebend[66]). Eine solche konsequente Durchführung des Eintragungsprinzips kennt das österreichische Recht nicht. Die nicht klare Stellungnahme des österreichischen Rechts zum Problem des Eintragungsprinzips hat gerade zu einem für unseren Fall sehr bedeutenden Meinungsstreit über die Rolle der Eintragung im Verhältnis zur Besitzerlangung am Grundstück geführt. Wir hatten in der Einleitung offen gelassen, ob dem ersten Käufer das Grundstück zu Besitz übergeben wurde oder nicht. Lediglich auf die zuerst erfolgte Eintragung des zweiten Käufers war es abgestellt worden. Im deutschen, schweizerischen und im beschränkten Maße im französischen Recht[67]) ist auch die Eintragung beim Eigentumserwerb an Grundstücken das wesentliche, während die Frage der Besitzerlangung dabei ganz unerheblich ist. Die Eigenart des österreichischen Rechts nötigt uns aber, hier zwei verschiedene Fälle zu unterscheiden.

Wir gehen einmal davon aus, daß der Verkäufer dem ersten Käufer ein bestimmtes Grundstück verkauft, ihm den Besitz daran aber nicht übergibt. Danach verkauft er das gleiche Grundstück noch einmal einem zweiten Käufer. Bevor der erste Käufer die zur Einverleibung erfoderlichen Formalien erfüllt hat, kommt ihm der zweite Käufer damit zuvor und stellt zuerst das Ansuchen um Einverleibung. Zum anderen aber setzen wir den Fall, daß dem ersten Käufer auf Grund des Kaufvertrages vom Verkäufer der Besitz an der Liegenschaft übergeben wird, die Eintragung aber unterbleibt. Danach verkauft der Verkäufer das bereits dem ersten Käufer veräußerte und übergebene Grundstück an den zweiten Käufer, von dem zuerst um die Einverleibung angesucht wird.

a) Betrachten wir zunächst den Fall, in welchem das verkaufte Grundstück dem ersten Käufer nicht zum Besitz übergeben wird.

---

66) S. o. S. 25, 28, 31.
67) S. o. S. 25, 28 ff., 31, s. u. § 15 II.

Auf Grund des Kaufvertrages allein erwirbt der erste Käufer noch kein Eigentum an dem Grundstück. Andererseits muß im österreichischen Recht genau wie im schweizerischen Liegenschaftsrecht ein gültiger Kaufvertrag vorliegen, da das Vorhandensein eines Erwerbtitels wesentliches Erfordernis für den dinglichen Rechtserwerb ist[68]. Das Eigentum an einer Liegenschaft wird erworben, wenn zu dem Erwerbstitel die Einverleibung hinzutritt. (§ 431 aBGB, § 4 Grundbuchsgesetz vom 15. II. 1872, abgek. GBG). Mehr ist in materieller Beziehung für den Grundstückserwerb nicht erforderlich.

Die Tätigkeit des Grundbuchsgerichts tritt ein auf Ansuchen desjenigen, der berechtigt ist, die Änderung des Grundbuchstandes zu beantragen, also des Veräußerers oder des Erwerbes[69]. Aber das Ansuchen der Einverleibung hat nicht nur die Wirkung, das Grundbuchsgericht tätig werden zu lassen; darüber hinaus bestimmt das Ansuchen der Einverleibung die materielle Rangordnung der eingetragenen Grundstücksrechte. (§ 440 aBGB, § 29 GBG). Der Rechtsgedanke, der diesen Bestimmungen zu Grunde liegt, ist, daß derjenige, der eine Änderng in den Liegenschaftsrechten herbeiführen will, von sich aus alles getan hat, wenn er die Einverleibung angesucht hat. Bis zur Eintragung der in Frage kommenden Rechtsänderung kann je nach dem Verlauf des Geschäftsganges beim Grundbuchsgericht eine lange Zeit verstreichen. Innerhalb dieser Zeit könnten von dem bücherlich Berechtigten Verfügungen getroffen werden, die mit der früheren Verfügung kollidieren. Im deutschen Recht kann der Verkäufer selbst nach der Auflassung des Grundstücks an den ersten Käufer vor dessen Eintragung als Eigentümer das Grundstück noch einmal verkaufen oder belasten. Diese zweite Verfügung wird wirksam, wenn sie vor der ersten Veräußerung eingetragen ist[70]. Das gleiche ist im schweizerischen Recht möglich. Der Verkäufer kann auch noch, nachdem die Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamt zugegangen ist, mit Wirkung gegenüber dem Erstberechtigten entgegengesetzte Verfügungen treffen, wenn nur die zweite Verfügung, also etwa die zweite Veräußerung oder eine Belastung, vor der Eintragung des ersten Käufers in das Grungbuch eingetragen ist[71]. Diese Möglichkeit kennt das österreichische Recht nicht. § 440 aBGB bestimmt, daß für den Fall, in dem der Eigentümer dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen hat, das Eigentum derjenigen Person zufällt, die früher die Ein=

---

68) S. o. S. 16, 17, 28 ff.
69) Ehrenzweig: § 228 II.
70) S. o. S. 25, 28.
71) S. o. S. 31.

verleibung angesucht hat. Gem. § 6 der Vollzugs-Instruktion hat der Grundbuchbeamte die Eintragungen in einer der zeitlichen Reihenfolge der Ansuchen entsprechenden Reihenfolge vorzunehmen. Aber selbst wenn vom Grundbuchbeamten diese Formvorschrift nicht beachtet wird, er also einen zeitlich später angesuchten Antrag vor einem zeitlich früher angesuchten Antrag eingetragen hat, so schadet das nichts. Denn für die materielle Rangfolge ist nicht die Stellung der Eintragung im Grundbuch — es gilt hier also nicht das Locusprinzip — sondern das Datum des Ansuchens entscheidend, das jedem Eintrag vorangestellt ist. Was für den Fall gleichzeitigen Ansuchens zu gelten hat, ist im österreichischen Recht ganz ungeklärt. Nach herrschender Ansicht soll der Grundbuchsrichter beide angesuchten Eintragungen vornehmen, im übrigen aber die Lösung der Streitfrage von den Beteiligten im ordentlichen Rechtswege herbeiführen lassen[72]. Hat also der erste Käufer ordnungsgemäß um die Einverleibung angesucht, so kann ihm eine weitere Verfügung des Verkäufers nicht mehr schaden, sofern er nur zuerst das Ansuchen gestellt hat.

Damit jedoch auf Ansuchen an das Grundbuchsgericht von diesem die Einverleibung vollzogen wird, müssen noch einige Voraussetzungen erfüllt werden. Zunächst muß der Ansuchende, also entweder der Verkäufer oder der Käufer, eine einverleibungsfähige Urkunde vorlegen, aus der die Gültigkeit des kausalen Kaufgeschäftes hervorgeht. (§§ 432, 433 aBGB)[73]. Die einzureichende Urkunde muß entweder öffentlich sein, wie z. B. eine Notariatsurkunde oder die Ausfertigung eines gerichtlichen Vergleichs, oder es muß sich bei dem vorzulegenden Schriftstück um eine beglaubigte Privaturkunde handeln. Bei der Aufnahme einer solchen müssen zwei glaubwürdige Männer als Zeugen hinzugezogen werden. Die Unterschrift des Veräußerers muß gemäß § 31 GBG gerichtlich oder notariell beglaubigt sein[74]. Daß im österreichischen Recht für die Gültigkeit des Kaufvertrages dessen Beurkundung unerheblich ist, sahen wir bereits. Praktisch wird aber die Beurkundung stets erforderlich, da von einer solchen die Einverleibung abhängig gemacht ist. Der Rechtsgedanke, aus dem heraus die Beurkundung von Grundstückskaufverträgen in den drei Rechten gefordert wird, ist jeweils ein verschiedener. Im deutschen Recht dient der § 313 BGB hauptsächlich der Verhütung von übereilten Grundstücksveräußerungen. Neben der Verfolgung dieses Zwecks dient die Beurkundung des auf Liegenschaftsveräußerung gerichteten Vertrages im schweizerischen Recht

---

72) Klang: § 440, 3. Ehrenzweig: § 186 V.
73) Vergl. o. S. 16, 17.
74) Ehrenzweig: § 227 I 2.

der Kenntlichmachung des für die Grundstücksübereignung wesentlichen Titels. Ausschließlich dem letzten Erfordernis dient die Beurkundung des Kausalgeschäftes im österreichischen Recht.

Enthalten sein muß in der Urkunde außer der Angabe „der Personen, die das Eigentum übergeben und übernehmen,“ außer der Bezeichnung der zu übereignenden Liegenschaft und der Angabe des Rechtsgrundes der Übergabe die sogenannte Einverleibungsklausel. (§ 433 aBGB). Die Einverleibungsklausel muß die ausdrückliche Erklärung des Eigentümers erkennbar machen, daß er in die Einverleibung des Erwerbs einwillige. Findet sich die Einverleibungsklausel nicht in der Urkunde über das Grundgeschäft, so kann sie auch in einer besonderen Urkunde erklärt werden. Doch muß diese Urkunde alle Voraussetzungen der einverleibungsfähigen Urkunde aufweisen. Nach herrschender Ansicht[75]) entspricht die Einverleibungsklausel der deutsch-rechtlichen Eintragungsbewilligung. Ein materiell rechtlicher Inhalt kommt ihr daher nicht zu. Vielmehr ist sie lediglich ein zur Einverleibung nötiges Formerfordernis. Im deutschen Recht ist zur Liegenschaftsübereignung ein dinglicher Vertrag, der vor dem Grundbuchamt oder dem Notar erklärt werden muß, die Auflassung, nötig[76]). Das schweizerische Recht begnügt sich mit einer einseitigen dinglichen Erklärung des Eigentümers[77]). Das österreichische Recht läßt eine dingliche Erklärung bei der Grundstücksübereignung überhaupt bei Seite. Mit der Einverleibung ist die Rechtsänderung bewirkt. Titel und Einverleibung sind danach allein die zur Übereignung von Grundstücken wesentlichen materiellen Erfordernisse.

Die Möglichkeiten für den zweiten Käufer, den Verkäufer zu einem Vertragsbruch zu verleiten und sich von diesem das bereits verkaufte Grundstück übereignen zu lassen, sind beim Liegenschaftsverkauf im österreichischen Recht besonders dadurch eingeschränkt, daß nach dem Ansuchen des ersten Käufers um Einverleibung eine kollidierende Verfügung des Verkäufers nicht mehr möglich ist.

b) Wie gestaltet sich nun die Rechtslage, wenn der erste Käufer den Besitz an dem verkauften Grundstück vom Verkäufer erhalten hat, dieser dann aber das Grundstück an den zweiten Käufer noch einmal veräußert, und der zweite Käufer vor dem ersten Käufer um die Einverleibung ansucht? Es war oben gesagt, daß der Rechtserwerb grundsätzlich erst mit der Einverleibung erfolgt. Dieser Satz ist jedoch dahin einzuschränken, daß man sagt: Das österrei-

---

75) Ehrenzweig: § 227 Anm 16.
76) S. o. S. 24, 25.
77) S. o. S. 29 ff.

chische Recht erkennt im allgemeinen das Eintragungsprinzip an.

Nach dem Wortlaut des § 431 aBGB, wie auch auf Grund der Bestimmungen der §§ 322, 440, 451 und 481 aBGB hat es den Anschein, als beherrsche das Eintragungsprinzip den Liegenschaftsverkehr. Doch eine Reihe anderer Bestimmungen durchbricht die Geschlossenheit des Grundsatzes von dem Erfordernis der Einverleibung. So bestimmt das Gesetz vom 23. V. 1883, daß der außerbücherliche Grundstückserwerber mit Ordnungsstrafen zur Einverleibung anzuhalten sei. Das Gesetz hat also nicht daran gedacht, daß der Liegenschaftserwerb erst mit der Einverleibung perfekt wird. Gemäß §§ 325 und 328 Exekutionsordnung können die Gläubiger des nicht eingetragenen Grundstückserwerbers in das Grundstück die Zwangsvollstreckung betreiben. Dagegen kann gleichzeitig von den Gläubigern des eingetragenen Grundstückseigentümers in die Liegenschaft die Zwangsvollstreckung betrieben werden, sofern nur das Grundstück auf den Namen des Schuldners steht[78]). Die österreichischen Gesetze regeln die Frage des Eintragungszwanges also in durchaus verschiedener Weise. Die Literatur wie auch die Rechtssprechung waren daher genötigt, zu diesem Problem eingehend Stellung zu nehmen und Leitsätze aufzustellen, nach denen Streitigkeiten zwischen dem auf Grund eines Titels besitzenden Inhaber einer Liegenschaft und dem eingetragenen Eigentümer zu regeln sind.

Keine Schwierigkeit bereitet diese Frage, wenn der eingetragene Veräußerer von dem besitzenden Erwerber des Grundstücks dieses herausverlangen will. Den Herausgabeanspruch des Veräußerers kann der Besitzer stets mit der Einrede des Rechts zum Besitze gem. § 366 aBGB oder mit der Einrede der Arglist unschädlich machen[79]). Wie aber ist die Rechtsstellung des auf Grund eines Titels Besitzenden gegenüber den Gläubigern des eingetragenen Veräußerers oder gegenüber demjenigen, der vom Veräußerer das Eigentum an der Liegenschaft durch Einverleibung erworben hat? Hier interessiert nur die letzte Frage. Zu ihrer Beantwortung sind in der Rechtswissenschaft die verschiedensten Wege eingeschlagen worden[80]). Heute ist die von Strohal begründete Lehrmeinung herrschend, die auch nach der Übergabe dem Besitzer nur einen schuldrechtlichen Anspruch zubilligt[81]). Eigentümer ist auch nach der Besitzübergabe an den Erstberechtigten der Veräußerer geblieben. Bezüglich der veräußer-

78) Klang: § 431 IV C 2 a.
79) Klang: § 431 IV C 1. Ehrenzweig § 224 II.
80) Ueber die frühere wissenschaftliche Auseinandersetzung s. Ehrenzweig § 224, II A und Klang § 431 IV C. 2.
81) Ehrenzweig: § 224 II A 5. Klang: § 431 C 2 b η und die dort Zitierten.

ten und übergebenen Liegenschaft hat er allein die Verfügungsmacht behalten. Ein Dritter, also der zweite Käufer, kann das Grundstück von dem Verkäufer trotz des ersten nicht verbücherten Verkaufs zu Eigentum erwerben. Ohne Zweifel gilt das, wenn er von der ersten nicht eingetragenen Veräußerung keine Kenntnis gehabt hat und in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs die Einverleibung des Eigentums vornehmen läßt. Aber selbst dann, wenn der zweite Käufer von dem ersten Verkauf und der Übergabe an den ersten Käufer weiß, steht dem Rechtserwerb des zweiten Käufers nichts im Wege, solange er nicht beim Erwerbe arglistig handelt. Wann im Einzelfalle Arglist anzunehmen ist, kann nicht allgemein gesagt werden. Die herrschende Theorie und die Rechtsprechung erblicken jedenfalls beim Vorliegen bloßer Kenntnis von der ersten Veräußerung in dem Verhalten des zweiten Käufers noch keine Arglist[82]). Dem Herausgabeanspruch des eingetragenen zweiten Käufers kann also der erste Käufer mit der Einrede der Arglist erst entgegentreten, wenn dem zweiten Käufer nachgewiesen werden kann, daß er in betrügerischer Benachteiligungsabsicht gehandelt hat. Die herrschende Lehre und die Rechtsprechung halten damit an dem Eintragungsprinzip grundsätzlich fest. Sie lassen den zweiten Erwerber mit der Einverleibung Eigentümer werden, billigen aber dem ersten Käufer beim Vorliegen arglistiger Handlungsweise des zweiten Käufers den Anspruch aus Delikt zu. Über diesen Anspruch wird unten im Paragraphen 7[83]) noch eingehend zu reden sein.

Der zweite Fall, den wir hier darstellten, zeigt in seiner rechtlichen Lösung nach dem heutigen Stande der österreichischen Rechtswissenschaft keine Besonderheiten mehr. Wesentlich ist für den Rechtserwerb des ersten Käufers die Einverleibung. Im Gegensatz jedoch zum deutschen und schweizerischen Recht ist ein schädigender Eingriff des zweiten Käufers nicht bis zur Eintragung des ersten Käufers in das Grundbuch möglich, sondern nur bis zu dem Zeitpunkte, in dem von dem ersten Käufer die Einverleibung beim Grundbuchsgericht angesucht wird. Bis dahin ist der Verkäufer in der Lage, wirksam das Eigentum auf den zweiten Käufer zu übertragen, wenn dieser nur v o r dem Ansuchen des ersten Käufers seinerseits das Ansuchen um Einverleibung stellt. Bis zum Ansuchen hat der erste Käufer noch kein dingliches Recht an dem Grundstück erlangt. Zwar wird der Eigentumserwerb erst perfekt durch die Eintragung. Erfolgt aber ist er bereits mit dem Ansuchen, wenn die Eintragung

---

82) Ehrenzweig § 224 II A 5, II B.
83) S. u. § 7. I. u. III.

dem Ansuchen entsprechend bewirkt wird. Denn auch die Eintragung im Grundbuch weist, wie wir oben gesehen haben[84]), als Zeitpunkt des Rechtserwerbs den Tag des Ansuchens auf. In diesem Zeitpunkt also ist das Eigentum erworben[85]). Nach dem Ansuchen kann eine zweite Veräußerung des Verkäufers dem ersten Käufer nicht mehr schaden.

§ 4

Der durch Grundbucheintragung gesicherte Anspruch des ersten Käufers auf Eigentumsübertragung an der verkauften Liegenschaft.

A. Die Vormerkung des Kaufanspruchs im deutschen Recht.

I. Zweck der Vormerkung.

Der bloß obligatorisch wirkende Kaufvertrag begründet nur eine Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem Käufer zu einer Leistung, nämlich zur Besitz- und Eigentumsübertragung. Setzt sich der Verkäufer außerstande, die Leistung zu bewirken dadurch, daß er das Eigentum am verkauften Grundstück einem anderen überträgt, so kann ein Anspruch des Erstkäufers gegen den Erwerber nur unter ganz bestimmten unten näher zu erörternden Voraussetzungen entstehen. So viel kann hier schon gesagt werden, daß der erste Käufer einen Anspruch gegen den Erwerber nicht schon auf Grund der Tatsache erlangt, daß dieser in Kenntnis vom Kaufvertrage zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer das Grundstück von jenem erworben hat.

Mit der Vormerkung hat das BGB ein Rechtsinstitut geschaffen, das dem Käufer ermöglicht, seinen schuldrechtlichen auf Eigentumsübertragung an einem Grundstück gerichteten Anspruch so zu sichern, daß eine Nichterfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtungen ausgeschlossen wird. Mag der Käufer in Konkurs geraten, mag er eine Verfügung über das Grundstück treffen, die die vorzunehmende Verfügung gegenüber dem ersten Käufer zu beeinträchtigen geeignet ist, alle derartigen rechtlichen Geschehnisse vermögen den endgültigen Rechtserwerb des ersten Käufers nicht mehr auszuschließen, sobald sein Kaufanspruch vorgemerkt ist.

Den Zweck der Vormerkung definiert das Gesetz im § 883 Abs. 1 BGB mit den Worten: „Zur Sicherung des Anspruchs auf

84) S. o. S. 34/35.
85) Ehrenzweig: § 186 V. Klang: § 439 IV 1 Anm. 33.

Einräumung eines Rechts kann eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden." Voraussetzung ist nur, daß das Recht, auf dessen Verschaffung zunächst ein Anspruch besteht, selbst eintragungsfähig ist.

Die Notwendigkeit, dem schuldrechtlichen nur gegen den Verkäufer gerichteten Anspruch auf die Verschaffung eines dinglichen Rechts auch einen gegen Dritte wirkenden Schutz zu verleihen, ist hier vom Gesetzgeber klar erkannt worden. Das Vorhandensein und die Einrichtung der Grundbücher hat man sich zu Nutze gemacht, um einen solchen Schutz persönlicher Rechte durchzuführen. Läuft schon der Käufer, der nach Abschluß des Kaufvertrages die verkaufte bewegliche Sache beim Verkäufer belassen hat, stets Gefahr, daß sein Anspruch auf Übereignung durch eine anderweitige Verfügung des Verkäufers beeinträchtigt oder vereitelt wird, so besteht diese Gefahr beim Liegenschaftsverkehr in erhöhtem Maße. Hier erfolgt die Rechtsänderung immer erst durch eine Grundbucheintragung, deren Herbeiführung von den Parteien zwar zu beantragen ist, auf deren Erledigung aber die Parteien einen Einfluß nicht auszuüben vermögen. Zwischen dem Abschluß des Kausalgeschäftes und der dinglichen Erfüllung, die erst mit der Eintragung in das Grundbuch bewirkt ist, liegt zumeist eine längere Zeitspanne. Bis zur endgültigen Eintragung behält, wie oben schon ausgeführt[1]), der Schuldner seine Verfügungsmacht. Gerade im Grundbuchverkehr kann diese Zeitspanne zur Erfüllung formaler Erfordernisse, z. B. zur Beibringung der Grunderwerbssteuerbescheinigung, der Vorkaufsrechtsverzichte der Siedlungsgesellschaften und der Gemeinden, der Genehmigung der Verwaltungsbehörde u. a., beträchtliche Dauer annehmen und damit die Gefahr, daß vom Verkäufer kollidierende Verfügungen vorgenommen werden, erheblich vergrößern.

Werden auch die Notwendigkeit und das praktische Bedürfnis des Instituts der Vormerkung heute durchweg bejaht, so haben diese Gedanken in den Gesetzgebungskommissionen nur sehr mühsam Platz gewinnen können.

Der Begriff der Vormerkung als einer vorläufigen Grundbucheintragung ist nicht erst eine Neuschöpfung des BGB. In den meisten Landesgesetzgebungen existierten bereits solche Rechtsinstitute. Doch in fast jedem Lande hatte die Vormerkung eine eigene von der der anderen Länder abweichende rechtliche Bedeutung[2]).

Es ist interessant zu verfolgen, unter Überwindung welcher Schwierigkeiten sich die Aufnahme der Vormerkung in das BGB erst

---

1) S. o. S. 25 ff.
2) Biermann: Widerspruch und Vormerkung S. 1 ff.

durchsetzen konnte. Die Hindernisse, die man der Aufnahme der Vormerkung entgegensetzte, entsprangen durchweg einer Tendenz, die an der scharfen begrifflichen Trennung zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten starr festzuhalten wünschte. Diese scharfe Trennung schien den Anhängern jenes romanistischen Grundsatzes durch die Aufnahme der Vormerkung in ihrer begrifflichen Reinheit gefährdet. Der in der I. Kommission gestellte Antrag: „Der Anspruch auf Anerkennung oder auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstücke oder an einem eingetragenen Rechte kann im Grundbuch vorgemerkt werden“ erfuhr eine Ablehnung[3]). Nach diesem Antrage wie auch nach § 37 des Entwurfs[4]) verstand man unter der Vormerkung zwei eigene Kategorien. Die eine sollte wie der Widerspruch des geltenden Rechts der Sicherung nicht eingetragener dinglicher Rechte dienen; die andere sollte ähnlich wie die Vormerkung des BGB die Verwirklichung obligatorischer Rechte sichern.

Der oben wiedergegebene Antrag wurde abgelehnt. Die Protokolle der I. Kommission weisen eine recht eingehende Begründung der Ablehnung auf[5]). So wurde geltend gemacht, daß die Kenntnis vom obligatorischen Recht eines anderen grundsätzlich keine mala fides erzeuge. Wolle man aber die Vormerkung in das Gesetz aufnehmen, so würde mit diesem Grundsatze gebrochen. Der Vorschlag verstoße weiter gegen die par conditio creditorum im Konkurse. Ein obligatorisches Recht, das auf Erwerb oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet sei, würde hier genau wie die dinglichen Rechte einen Vorzug vor anderen Rechten erhalten.

Gegenüber den für die Aufnahme der Vormerkung sprechenden praktischen Erwägungen macht die ablehnende Begründung folgendes geltend: Im Mobilienrecht sei dem Gläubiger zur Verwirklichung seines Anspruchs neben den Schutzmaßnahmen der ZPO auch kein besonderer Schutz gegeben. Im Immobiliarrecht dagegen wolle der Antrag dem Gläubiger nun einen besonderen Schutz zusprechen. Dieses jedoch keineswegs deshalb, weil „die Gefahr der Rechtsverletzung größer sei, sondern weil die Grundbucheinrichtung die Möglichkeit für diese Besonderheit bietet[6]).“ Ein wirkliches Bedürfnis für diesen besonderen Schutz des Gläubigers wollte die I. Kommission nicht anerkennen. Sie überläßt es vielmehr dem Gläubiger, für die Sicherung seiner Rechte selbst Sorge zu tragen, möglicherweise die Sicherungsmittet der ZPO in Anspruch zu nehmen.

---

3) Prot. I. Komm. S. 3690.
4) Prot. I. Komm. S. 3689.
5) Prot I. Komm. S. 3692 ff.
6) Prot. I. Komm. S. 3693.

Mit eben derselben Begründung lehnen die Motive zu dem Entwurfe eines BGB[7]) die Aufnahme der Vormerkung zur Sicherung obligatorischer Rechte ab.

Gegen diese Stellungnahme wandten sich nicht nur die Mehrzahl der deutschen Bundesstaaten[8]), sondern auch eine Reihe nahmhafter Rechtsgelehrter, wie Gierke, Kindel, Fuchs, v. Maybohm und Deybeck[9]). Jene sowohl wie diese betonen besonders die praktische Notwendigkeit des Vorhandenseis der Vormerkung im BGB. Der hinsichtlich der praktischen Erwägungen jedenfalls begründeten Kritik verschloß sich die II. Kommission dann auch nicht[10]). Es wurde von der Mehrheit der II. Kommission geltend gemacht, daß die Vormerkung einem praktischen Bedürfnis unbedingt entspreche. Das Institut habe in fast allen deutschen Bundesstaaten bestanden und sich überall „als segensreich und nützlich erwiesen[11]).“ Den Gedanken, daß durch die Aufnahme der Vormerkung eine Wiederbelebung des preuß. rechtlichen jus ad rem, das in das BGB keinen Eingang gefunden hatte[12]), zu befürchten sei, weist die II. Kommission zurück mit der Begründung, daß Staaten wie Österreich und Bayern, in deren Rechtssystem ein jus ad rem nicht bekannt gewesen sei, wohl die Vormerkung aufgenommen hätten[13]) [14]). Ein Schutz im Immobiliarrechtsverkehr könne nicht deshalb versagt werden, weil sich ein Schutz im Rechtsverkehr mit beweglichen Sachen nicht bewerkstelligen lasse, ersterer aber durch die Grundbucheinrichtung

---

7) III. S. 240 und 241.
8) Biermann: Widerspruch und Vormerkung S. 67.
9) Zusammenstellung der Gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurfe eines BGB III S. 110 und 111.
10) Prot. II. Komm III S. 111 und 114.
11) Prot. II. Komm. III. S. 115.
12) S. o. S. 13 ff.
13) Prot. II. Komm. III S. 114.
14) O. Gierke hat in der Schrift „Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes“ S 21 Anm. 50 die Vormerkung als jus ad rem bezeichnet. Er hat später die Formulierung in dieser Bestimmtheit aufgegeben (Deutsches Privatrecht II S. 338) und nur noch gesagt, daß die Vormerkung dem jus ad rem ähnlich sei. Aehnlich äußert sich Dernburg (§ 63 Nr. 3). Trotz vieler gemeinsamer Rechtswirkungen, die das jus ad rem des preuß. ALR mit der Vormerkung hat, ist die rechtliche Konstruktion beider Institute verschieden. So richtet sich der durch Vormerkung gesicherte Anspruch in erster Linie gegen den Schuldner. Gegen den Dritten wendet sich die Vormerkung nur wegen der Vorschrift des § 19 GBO (S. u. S. 46). Das jus ad rem hingegen richtete sich gegen den Dritterwerber. Das jus ad rem wirkte nicht im Konkurse des Schuldners wie das die Vormerkung tut. (S. u. S. 45.)

möglich sei. Wenn man dinglichen Rechten den Schutz im Immobilienverkehr zubillige, so könne man einen solchen beim Vorliegen eines obligatorischen Rechts nicht unterbinden. „Denn der Unterschied zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten sei garnicht immer durch die Natur der Sache gegeben, sondern vielfach vom Zufall abhängig und in manchen Fällen nicht ohne weiteres ersichtlich [15])."

Schon aus der Entstehungsgeschichte der Vermerkung können wir mit aller Deutlichkeit erkennen, welche Für und Wider sich bezügl. dieses Rechtsinstitutes vorbringen lassen. Glücklicherweise hat das BGB die Voraussetzungen, die zur Einschreibung einer Vormerkung berechtigen, wie auch den Umfang der Wirkungen, die die Vormerkung zu äußern vermag, in ziemlich erschöpfender Weise geregelt. Aus diesem Grunde ist der theoretischen Auseinandersetzung über die rechtliche Natur des vorgemerkten Anspruchs in ihrer praktischen Bedeutung viel genommen.

Im folgenden sollen nun die Voraussetzungen und Wirkungen des vorgemerkten Anspruchs erläutert werden, soweit das für unser Problem von Belang ist.

II. Voraussetzungen und Wirkungen des vorgemerkten Anspruchs auf Eigentumsübertragung.

Der Anspruch, zu dessen Sicherung eine Vormerkung eingetragen werden kann, muß auf eine rechtliche Aenderung des Grundstücksstandes gerichtet sein. Die Rechtsänderung, auf die der persönliche Anspruch geht, muß jedoch stets selbst eintragungsfähig sein. Welche Rechtsänderungen im einzelnen durch eine Vormerkung im voraus gesichert werden können, ist im § 883 BGB ausdrücklich gesagt [16]). Hier interessiert nur die Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung eines Rechts am Grundstück. Unter diese Kategorie vormerkbarer Ansprüche fällt der Anspruch des ersten Käufers auf Einräumung des Eigentums an dem verkauften Grundstück. Das Eigentum ist, wie aus §§ 925 und 873 BGB hervorgeht, ein eintragungspflichtiges Recht, das überhaupt nur durch Eintragung begründet werden kann.

Gemäß § 19 GBO kann eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, diese bewilligt hat. Dieser Rechtssatz hat auch bei einer vorläufigen Ein-

15) Prot. II. Komm. III, S. 114.
16) Die Vormerkungen von Amtswegen, die im § 18 Abs. 2 und § 76 GBO genannt sind, können hier unerörtert bleiben.

tragung wie der Vormerkung zu gelten. Der Grundstückseigentümer, hier der Verkäufer, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, muß die Vormerkung bewilligen. Einen Anspruch auf Bewilligung der Vormerkung hat der Inhaber des vormerkbaren Anspruchs schlechthin nicht. Ist dem Käufer aber die Bewilligung der Vormerkung vertraglich besonders zugesichert, so kann der Käufer auf Erteilung der Bewilligung klagen, wenn der Verkäufer sie der Zusicherung entgegen nicht erteilen will. Die Bewilligung wird dann auf Grund des § 894 ZPO durch Urteil ersetzt. Eines besonderen Rechtes auf Bewilligung der Vormerkung bedarf es gar nicht; denn § 883 BGB gibt demjenigen, dessen Recht überhaupt durch eine Vormerkung gesichert werden kann, mit dem vormerkbaren Anspruch auch zugleich das Recht auf die Vormerkung. Dieses Recht auf die Vormerkung, das also der Käufer mit dem Kaufanspruch erwirbt, wird nach den Bestimmungen des § 885 BGB durchgesetzt. Erteilt der Verkäufer nicht freiwillig die Vormerkungsbewilligung, so kann die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden. Um eine solche zu erlangen, braucht der Käufer nur die Existenz seines Anspruchs, nicht aber auch noch die Gefährdung desselben glaubhaft zu machen. Vielmehr erläßt das Gesetz im § 885 Abs. 1 S. 2 BGB dem Antragssteller die Glaubhaftmachung der Gefährdung. Diese ergibt sich aus der Natur der Grundbucheinrichtung von selbst.

Welche Wirkungen die Vormerkung des persönlichen Anspruchs äußert, ist im Gesetz einzeln angegeben. Zu Verfügungen über das mit der Vormerkung belastete Grundstück bleibt der Verkäufer nach wie vor in der Lage. Durch die Vormerkung wird keine Sperrung des Grundbuchs hervorgerufen, die den Vormerkungsschuldner zu weiteren Verfügungen über die Liegenschaft außerstande setzt[17]). Trifft jedoch der Eigentümer eine Verfügung über das Grundstück, die das durch die Vormerkung gesicherte persönliche Recht beeinträchtigen oder vereiteln kann, so ist diese Verfügung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam (§ 883 Abs. 2, § 888 S.1 BGB). Der beeinträchtigende oder vereitelnde Rechtserwerb eines Dritten gilt gegenüber dem Berechtigten als garnicht erfolgt. Ein zweiter Käu-

17) Biermann: § 883, 5 a. Planck: 5 Aufl. § 883 Nr. 2 a. Wolff: § 48 Anm. 17. Warneyer: § 883 V. Abzulehnen ist daher auch die von Reichel in Ihering's Jahrbuch 46 S. 153, von Staudinger § 883, IV 3 a und Bendix in Gruch. Beitr. 49 S. 527 vertretene Ansicht, die Vormerkung sei eine (qualificierte, so Bendix) Verfügungsbeschränkung Vgl. dagegen RGRKomm. § 883 Nr. 10. RG in RGZ 113 S. 408. KG in RJA 11 S. 240 ff.

fer kann also nach der Eintragung der Vormerkung des dem ersten Käufer zustehenden Anspruchs nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber dem ersten Käufer das Eigentum an dem Grundstück erwerben.

Nicht nur vom Verkäufer selbst getroffene rechtsgeschäftliche Verfügungen, sondern auch Verfügungen, die über die verkaufte Liegenschaft im Wege der Zwangsvollstreckung, der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, sind gegenüber dem durch Vormerkung gesicherten Käufer unwirksam (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB). Dessen Anspruch erfährt auch keine Verschlechterung im Konkurse des verpflichteten Verkäufers. Steht zu Gunsten des Käufers eine Vormerkung zur Sicherung des Kaufanspruchs im Grundbuch, so kann der Vormerkungsberechtigte in jedem Falle vom Konkursverwalter volle vertragsmäßige Befriedigung seines Anspruchs verlangen (§ 24 K.O.)[18]. Er braucht sich nicht auf eine Konkursdividende beschränken zu lassen, wie er das tun müßte, wenn er seinen Anspruch nicht hätte vormerken lassen, und der Konkursverwalter durch Ausübung des Rücktrittsrechtes zur Zahlung einer Schadensersatzsumme verpflichtet gewesen wäre.

Desgleichen ist der Zwangsvergleich ohne Einfluß auf die durch Vormerkung gesicherten Rechte (§ 193 K.O.).

III. Das rechtliche Wesen des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs.

Eine der charakteristischsten und wichtigsten Wirkungen ist die, daß Verfügungen des Betroffenen, die das vorgemerkte Recht beeinträchtigen oder vereiteln können, gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unwirksam sind. Die vom Verkäufer zu Gunsten des zweiten Käufers vorgenommene Grundstücksübereignung gilt gegenüber dem ersten Käufer als garnicht erfolgt. Welcher Art ist nun die rechtliche Stellung des ersten Käufers, der seinen Anspruch hat vormerken lassen, und welchen Anspruch kann der erste Käufer gegen den zweiten Käufer der der Vormerkung zuwider als Eigentümer eingetragen ist, geltend machen?

Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch muß in erster Linie als gegen den ursprünglich Verpflichteten, den durch die Vormerkung Betroffenen, gerichteter persönlicher Anspruch angesehen werden, der in dieser und jener Hinsicht mit dinglichen Wirkungen ausgestattet ist. Wenn gemäß § 888 Abs. 1 BGB von dem der Vormerkung zuwider Eingetragenen die Zustimmung zur Löschung oder Eintragung verlangt werden kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß der

18) Wolff: § 48 III Nr. 2.

Dritte eine materiell-rechtliche Willenserklärung abzugeben hat. Nehmen wir einmal an, daß der Verkäufer nach der Eintragung einer Vormerkung zu Gunsten des ersten Käufers das diesem verkaufte Grundstück an den zweiten Käufer aufgelassen hat, und daß dieser als Eigentümer eingetragen ist. Begehrt nun der erste Käufer die Auflassung des Grundstücks an sich, so ist nach wie vor der Verkäufer zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen berechtigt und verpflichtet. Im Verhältnis zum ersten Käufer ist der zweite Käufer überhaupt nicht Eigentümer geworden. Wenn der zweite Käufer eine Erklärung dabei abzugeben verpflichtet ist, so wird das nur im Hinblick auf § 19 GBO verlangt. Diese Erklärung ist nur ein Formalerfordernis. Denn gemäß § 19 GBO kann eine Grundbucheintragung nur dann erfolgen, wenn die Bewilligung des eingetragenen formell Berechtigten beigebracht wird. Die der Auflassung an den ersten Käufer entgegenstehende Eintragung des zweiten Käufers als Eigentümer ist also vom Grundbuchamt zu berücksichtigen. Trägt aber der Grundbuchrichter in unserem Falle den ersten Käufer auf Grund der von diesem und vom Verkäufer abgegebenen Übereignungserklärungen ein ohne Beibringung der Bewilligung des eingetragenen zweiten Käufers, so verstößt der Grundbuchrichter zwar gegen eine Formalvorschrift der GBO. Der Eigentumserwerb des ersten Käufers wird dadurch aber nicht beeinträchtigt [19]). Zur Erfüllung seiner Vertragsverpflichtung bleibt der Grundstückseigentümer, hier der Verkäufer, allein verpflichtet. Auch nach der Einschreibung des persönlichen Anspruchs als Vormerkung bleibt dieser in der Hauptsache nur ein gegen den persönlich Verpflichteten gerichtetes Recht [20]). Die von Fuchs dagegen vorgebrachten Einwendungen sind in keiner Weise durchschlagend [21]). Der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch erfährt nicht durch die Eintragung in das Grundbuch eine Änderung in seinem rechtlichen Bestand. Zwar wirkt der vorgemerkte Anspruch im Konkurse, im Nachlaßverfahren und in der Zwangsversteigerung anders als ein gewöhnlicher obligatorischer Anspruch. Doch kann daraus nicht gefolgert werden, daß der rechtliche Bestand des vorgemerkten Anspruchs sich ändere, etwa daß der vorgemerkte Anspruch zum dinglichen oder zum bedingt dinglichen Recht

19) Wolff § 48 III, 1 Anm. 27.
20) RGRKomm. § 883 Nr. 1 und 8. v. Tuhr: Allg Teil II, 1 S. 254, 255. Strohal: „Relative Unwirksamkeit“ in Festschrift zur Jahrhundertfeier des österr. aBGB II S. 807.
21) Fuchs in L.Z. 1914 S. 143.

werde[22]). Vielmehr erhält der Anspruch nur eine Verstärkung, eine erhöhte Sicherung.

Diese erhöhten Sicherungswirkungen, mit denen der persönliche Anspruch durch die Vormerkung ausgestattet wird, sind im Gesetz ausdrücklich und erschöpfend aufgezählt. Diese Wirkungen gleichen allerdings denen, die im allgemeinen von dinglichen Rechten auszugehen pflegen. Wenn wir darum sagen, daß die Vormerkung in dieser und jener Hinsicht die Wirkungen eines dinglichen Rechts ausstrahlt, so gilt es zuvor zu klären, was man unter dem Begriff dinglich zu verstehen hat. Über das Wesen des dinglichen Rechtes gehen die Meinungen sehr auseinander[23]). Auf den Meinungsstreit über den Charakter des dinglichen Rechtes soll hier nicht näher eingegangen werden. Das Wesen der Dinglichkeit besteht jedenfalls nicht nur darin, auf die Sache, auf die sich das betreffende dingliche Recht bezieht, im Rahmen der durch das jeweilige Recht gegebenen Macht einzuwirken. Darüber hinaus kann der Inhaber des dinglichen Rechtes von allen anderen Rechtssubjekten verlangen, daß diese sich jeder beeinträchtigenden Einwirkung, mag diese rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein, auf die dem dinglichen Rechte unterworfenen Sache enthalten[24]). Keinesfalls gestattet die Vormerkung irgendwelche Einwirkungen des Vormerkungsberechtigten auf das Grundstück. So hat z. B. der Vormerkungsberechtigte kein dingliches Befriedigungsrecht aus dem Grundstück, wie es der Hypothekengläubiger hat. Aber ein gewisses Ausschließungsrecht steht dem Vormerkungsberechtigten zu. Das Ausschließungsrecht wirkt hier dahingehend, daß die Befugnis des Eigentümers zu Verfügungen über das Grundstück, das mit der Eintragung einer Vormerkung belastet ist, eingeengt wird. Der Eigentümer behält zwar rechtlich noch die

---

22) Othmer hat in der Studie: „Die rechtliche Wirkung der Vormerkung“ in Leonhard's Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts IX S. 63 ff. den vorgemerkten Anspruch als dinglichen Anspruch bezeichnet. Fuchs (Grundbegriffe S. 79 ff, Komm. § 883 III 6, L.Z. 1914 S. 2 ff., 139 ff) und Jäger (Komm. z K. O. § 24 Nr. 2) sprechen von einem bedingten dinglichen Recht, die herrschende Lehre und Rechtsprechung lehnen diese Auffassungen ab. Güthe-Triebel: § 25 Nr. 14. Wolff: § 48. RGRKomm. § 883 Nr. 1. Rosenberg: § 883, V, 2. Biermann: § 883, 4 a, Widerspruch und Vormerkung: S. 167 ff. Planck: § 883, 2. Staudinger: § 883, IV, 1. Warneyer: § 883, 1. RG. in Warn. 1911 S 184, in RGZ 65 S. 260; 81 S. 289; 83 S. 437; 113 S. 409 KG. in KGJ. 21 A S. 289; 31 A S. 325; 39 A S. 200; 40 S. 125; 50 S. 173; in OLGE. 20 S. 419 OLG. Dresden in OLGE. 14 S 69.

23) Vgl. Windscheid-Kipp: Pandekten 9. Aufl. I § 38 Anm. 3.

24) v. Tuhr: Allg. Teil 1 S. 133.

Verfügungsmacht, tatsächlich steht ihm aber eine solche nicht mehr zu. Eine mit der Vormerkung kollidierende Verfügung kann nicht entgegen dem Willen des Vormerkungsberechtigten wirksam werden [25]).

Praktisch ist also die Befugnis des Eigentümers zur Verwertung seines Grundstücks eingeengt. Die Einwirkung des Eigentümers wird insoweit, als es sich um die Vornahme entgegengesetzter Verfügungen handelt, ausgeschlossen [26]).

Ganz ähnlich steht es mit dem Vorkaufsrecht. Auch hier steht dem Berechtigten eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache selbst nicht zu. Auch hier hat der Berechtigte nur eine Ausschließungsbefugnis insoweit, als entgegengesetzte Verfügungen des Eigentümers zwar rechtlich wirksam, jedoch praktisch nicht durchführbar sind. Das Vorkaufsrecht ist vom Gesetz zum dinglichen Recht ausgestattet worden. Die Wirkungen des Vorkaufsrechts gegenüber Dritten sind die gleichen wie bei der Vormerkung (§ 1098 Abs. 2 BGB). Aber nicht allein in der Einengung der Verfügungsmacht des von der Vormerkung betroffenen Liegenschaftseigentümers zeigen sich die dinglichen Wirkungen. Die aus dem dinglichen Rechte fließende Ausschließungsbefugnis wirkt auch gegen andere Personen. Dadurch nämlich, daß der Grundstückseigentümer in seiner Verfügungsmacht praktisch beschränkt wird, wird gleichzeitig ausgeschlossen, daß ein Dritter Rechte an der Liegenschaft erwerben kann, die das vorgemerkte Recht beeinträchtigen.

Ein sicheres Erkennungsmerkmal dafür, ob ein Recht dinglich oder persönlich ist, zeigt uns die Wirkung, die das betreffende Recht im Konkurse äußert. Planck sagt, [27]): „Das BGB geht erkennbar davon aus, daß die an einer Sache des Gemeinschuldners bestehenden Rechte sich des Konkurses ungeachtet an der Sache betätigen können." Das dingliche Recht gewährt also im Konkurse eine uneingeschränkte Befriedgung an der Sache. Gerade im Konkurse nun zeigt die Vormerkung dieselben Wirkungen wie ein dingliches Recht (§ 24 KO).

Der durch Vormerkung gesicherte Anspruch wirkt also in gewissen Beziehungen dinglich [28]). Die Fälle der dinglichen Wirkung

---

25) RGRKomm. § 883 Nr. 8.

26) Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht, in Jhering Jahrb. 50 S. 126.

27) Sachenrecht Vorbem. S. 11.

28) Eine dinglich Wirkung nur in einem „übertragenen Sinne" anzunehmen, wie Rosenberg das tut (Komm. § 883, V 1 c), erscheint nicht notwendig. Das Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. BGB ist teilweise mit den Wirkungen der Vormerkung ausgestattet worden. Das Vorkaufsrecht wird als ein dingliches Recht angesehen. Niemand denkt daran, beim Vorkaufsrecht, das im Verhältnis zum Dritterwerber wirkt wie der durch Vormerkung gesicherte Anspruch, erst von einer dinglichen Wirkung im übertragenen Sinne zu sprechen.

hat uns das Gesetz ausdrücklich aufgezählt. Wenn der Vormerkungsberechtigte denjenigen, der ein das vorgemerkte Recht beeinträchtigendes oder vereitelndes Recht am Grundstück vom Vormerkungsgegner erworben hat, direkt auf Zustimmung zur Löschung oder auf Bewilligung einer Eintragung in Anspruch nehmen kann, so handelt der Vormerkungsberechtigte auf Grund der dinglichen Rechtsstellung, die ihm in diesem Falle durch die Vormerkung geschaffen worden ist. Der vorgemerkte Käufer, der vom zweiten eingetragenen Käufer die Einwilligung zur Eintragung als Eigentümer begehrt, handelt auf Grund einer dinglichen Befugnis[29]). Unzutreffend ist es, diesen Anspuch auf Bewilligung gegen den Dritterwerber als einen obligatorischen Anspruch zu bezeichnen[30]). Es ist nicht ersichtlich, warum man hier das gegen einen Dritten Nichtvertragsbeteiligten wirkende Recht als obligatorisch ansehen soll, während man im allgemeinen bei einer derartigen Wirkung eines Rechtes dieses als dinglich betrachtet. Zudem hatte der vorgemerkte Anspruch auch in anderer Beziehung Rechtswirkungen gezeigt, die wir als die eines dinglichen Rechtes bezechnet hatten. Zusammenfassend müssen wir hiernach sagen: Der erste Käufer hat auf Grund eines in der gehörigen Form abgeschlossenen Kaufvertrages ein Recht auf die Vormerkung seines Kaufanspruchs. Ist die Vormerkung eingetragen, so kann der spätere dingliche Rechtserwerb nicht mehr durch andere Verfügungen, wie z. B. durch eine Veräußerung an den zweiten Käufer vereitelt werden. Wird trotz Vorhandenseins der Vormerkung der zweite Käufer als Eigenrümer des Grundstücks in das Grundbuch eingetragen, so gilt dieser Rechtserwerb gegenüber dem ersten Käufer als nicht erfolgt. Dieser kann vom Verkäufer auf Grund des Anspruchs aus dem Kaufvertrage die Abgabe der zur Uebereignung nötigen Erklärungen verlangen. Auf Grund der dinglichen Wirkung der Vormerkung aber darf der erste Käufer vom zweiten Käufer die nach § 19 GBO erforderliche formelle Einwilligungserklärung beanspruchen, damit er, der erste Käufer, als Eigentümer der ihm vom Verkäufer verkauften Liegenschaft in das Grundbuch eingetragen werden kann.

---

29) Biermann: § 888, 6 b. Güthe-Triebel: § 25 Nr 36 Gierke: Deutsch. Privatrecht § 119 Anm. 160. Planck: § 888 I 2 b.
30) Rosenberg: § 888 Nr. 4 und die dort zitierten Autoren.

B. Die Vormerkung des Kaufanspruchs im schweizerischen Recht.

I. Allgemeines über den Begriff der schweizerisch-rechtlichen Vormerkung.

Wie im deutschen Recht so gibt es auch im schweizerischen Recht dank des Vorhandenseins der Grundbucheinrichtung ein Rechtsinstitut, das dem ersten Käufer ermöglicht, seinen Anspruch gegen den Verkäufer auf Eigentumsverschaffung an der verkauften Liegenschaft in einer besonderen Weise zu sichern. Auch im schweizerischen Recht können obligatorische Rechte im Grundbuch vorgemerkt werden. Dadurch wird den vorgemerkten Rechten eine Reihe von dinglichen Wirkungen verliehen. Eine Begründung des dinglichen Rechtes selbst erfolgt jedoch durch die Eintragung des Anspruchs noch nicht[31]).

Zunächst muß hervorgehoben werden, daß unter der Vormerkung des ZGB bereits terminologisch etwas ganz anderes zu verstehen ist als unter der deutsch-rechtlichen Vormerkung. Die deutschrechtliche Vormerkung erfaßt nur die Eintragung persönlicher Ansprüche, die ihrer Natur nach auf die Eintragung dinglicher Rechte hinzielen. Nach dem ZGB aber können nicht nur Ansprüche vorgemerkt werden (Art. 959 ZGB); vielmehr können gemäß Art. 960 ZGB auch Verfügungsbeschränkungen und gemäß Art. 961 ZGB vorläufige Eintragungen vorgemerkt werden, die zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte oder zu der vom Gesetze zugelassenen Ergänzung des Ausweises dienen. Diese letzte Möglichkeit ist im BGB überhaupt nicht bekannt. Der Eintragung zur Sicherung behaupteter dinglicher Rechte dient im BGB der Widerspruch. Die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung ist zwar dem BGB nicht unbekannt, erfolgt aber nach einer eigenen Regelung und hat nicht die Bezeichnung Vormerkung.

Nicht nur in terminologischer sondern auch hinsichtlich materieller Voraussetzungen und Grenzen zeigt die Vormerkung des deutschen und des schweizerischen Rechts, soweit die Sicherung persönlicher Ansprüche in Frage steht, – und nur dieser Art der schweizerisch-rechtlichen Vormerkung wenden wir uns hier zu – erhebliche Verschiedenheiten. Wie schon gesagt, kann ein Anspruch durch Vormerkung im Grundbuch nach BGB nur gesichert werden, wenn er auf eine dingliche Rechtsänderung hinzielt, und die erstrebte Rechtsänderung selbst eintragungsfähig ist. Die Vormerkung des schweizerischen Rechts bleibt teils dahinter zurück, teils geht sie über den der deutschen Vormerkung gesteckten Rahmen hinaus. Art. 959 Abs. 1 ZGB

---

31) Gmür: Art. 959 I. Früh: S. 21. Heer: S. 17.

bestimmt, daß persönliche Rechte im Grundbuch nur dann vorgemerkt werden können, wenn es im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist. Es werden dann in der gleichen Bestimmung einige Fälle kasuistisch aufgezählt, so der Vorkaufs-, Rückkaufs- und Kaufsanspruch, ferner Pacht und Miete. Im Gesetz sind an anderen Stellen noch einige Fälle aufgeführt, zu deren Sicherung die Einschreibung einer Vormerkung zulässig ist, so beim Rückfallsrecht bei Schenkungen (Art. 247 OR), beim Anspruch der Miterben am Gewinn aus dem Erbschaftsgrundstück (Art. 619 ZGB), endlich für das Vorrückungsrecht der Grundpfandgläubiger (Art. 814 Abs. 3 ZGB). Es kann also nicht wie nach BGB jeder Anspruch eingetragen werden, sofern er nur auf eine dingliche eintragungsfähige Rechtsänderung hinzielt, sondern nur die oben genannten Ansprüche sind eintragungsfähig. Zugelassen ist andererseits im ZGB die Eintragung obligatorischer Rechte, die niemals zu dinglichen Rechten werden können, wie Miete und Pacht. Insoweit geht die Vormerkung des ZGB über die des BGB hinaus.

II. Wirkungen und Rechtscharakter der Vormerkung persönlicher Ansprüche.

Im deutschen Recht sind die Wirkungen der Vormerkung eingehend geregelt. Wir finden Bestimmungen darüber im BGB, in der KO, im ZVG. Im ZGB lassen sich nur sehr wenige an verschiedenen Stellen verstreute Bestimmungen finden, die über die Wirkung der Vormerkung etwas aussagen. Bei der Bestimmung des Rechtscharakters dieses Institutes wird man also den entgegengesetzten Weg gehen müssen als im deutschen Recht. Hier lassen die zahlreichen Bestimmungen einen sicheren Schluß auf das Wesen der Vormerkung zu, während man im schweizerischen Recht nur sehr wenige gesetzliche Anhaltspunkte hat. Um die rechtlichen Auswirkungen der Vormerkung im schweizerischen Recht bestimmen zu können, muß man zuvor Klarheit über ihre Rechtsnatur haben[32]). Zudem interessiert hier in allererster Linie das Wesen des vorgemerkten Anspruchs insoweit, als er gegen einen Dritterwerber, gegen den zweiten Käufer des gleichen Grundstücks wirkt. Brauchbar sind danach überhaupt nur solche Lösungen, die die Vormerkung unter einen im Gesetz anerkannten systematischen Begriff bringen. Denn wenn man für die Vormerkung ein eigenartiges Gebilde schaffen wollte, so wäre damit der Rechtsanwendung noch weniger gedient als im deutschen Recht, wo

32) Pfeiffer: S. 20 ff.

sich immerhin noch eine Reihe von Bestimmungen finden, nach denen die Wirkungen der Vormerkung ohne Zuhilfenahme allgemein anerkannter Rechtsbegriffe bestimmt werden können.

Der Streit über die Rechtsnatur der Vormerkung ist in der schweizerischen Rechtswissenschaft viel weniger heftig und ausgedehnt geführt worden, als das in der deutschen Rechtswissenschaft der Fall war. Wir finden hier nicht die Fülle verschiedener Meinungen und verschiedenster Lösungen, wie sie das deutsche Schrifttum aufweist.

Allein steht Scheidegger mit seiner Ansicht, die Vormerkung schaffe ein dingliches Recht[33]). Der Richtigkeit dieser Theorie steht schon die Ausdrucksweise des Gesetzes entgegen. Dort steht: persönliche Rechte können im Grundbuch vorgemerkt werden. Etwas besonderes hat der Gesetzgeber also damit schon sagen wollen. Wenn er in der Vormerkung persönlicher Ansprüche bereits die Eintragung dinglicher Rechte hätte sehen wollen, so hätte der Gesetzgeber dieser Absicht zweifellos einen eindeutigen und klaren Ausdruck gegeben[34]). Wäre die Ansicht Scheidegger's auch die der Gesetzgeber gewesen, so hätten diese die Vorschrift des Artikels 959 ZGB überhaupt fortlassen können. Denn wenn die Vormerkung persönlicher Rechte gleichsteht der Eintragung von dinglichen Rechten, so ist die besondere gesetzliche Anordnung über die Vormerkung überflüssig[35]).

Man kommt vielmehr bezügl. des Rechtscharakters der Vormerkung zu einem ähnlichen Ergebnis wie im deutschen Recht. Nämlich der durch Vormerkung gesicherte Anspruch bleibt ein obligatorischer gegen den ursprünglich Verpflichteten gerichteter Anspruch, der mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestattet ist[36]). Daß die Wirkungen des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs nicht dinglich seien, sondern nur einer dinglichen Wirkung ähnlich seien, ist von Guhl[37]) behauptet worden, der im übrigen der herrschenden Ansicht beipflichtet. Einen anderen passenderen Ausdruck für die gegen Dritte gerichtete Wirkungen des vorgemerkten obligatorischen Anspruchs nennt uns Guhl allerdings nicht. Daß die Vormerkung gegen Dritte wirkt, die mit dem Berechtigten durch ein schuldrecht-

---

33) Scheidegger: Grundbuchvormerkungen im schweiz. ZGB. In Zeitschrift für schweiz. Recht n. F. 28 S. 111 ff., 293 ff., besonders 135 und 304.

34) Pfeiffer: S. 30.

35) Heer S. 17.

36) So die herrschende Meinung: Gmür Art. 959 Nr. 2. Wieland Vorbem. vor Art. 641 Nr. 1 g. Pfeiffer S. 34. Heer S. 17 ff. Früh S. 23 ff, 25 ff. Ebenso die Rechtsspr.: BGE 44, 2, 47; 44, 2, 366; 53, 2, 392.

37) Guhl S. 160.

liches Band nicht verbunden waren, hatten wir schon angedeutet. Wenn aber ein Recht gegen einen Dritten wirkt, ohne daß eine persönliche rechtliche Bindung zu diesem besonders begründet ist, so muß man schon zu dem Schluß kommen, daß dieses Recht dinglich wirkt[38]).

Für die Annahme, daß man das vorgemerkte Recht als ein persönliches Recht mit gewissen dinglichen Wirkungen anzusehen hat, spricht in erster Linie die Entstehungsgeschichte der Vormerkung. Huber, der Schöpfer des ZGB, hat mehrfach erklärt, daß es sich bei dem vorgemerkten Recht um ein persönliches Recht handele. So hat er bei seinem Referat über das Grundbuch im Nationalrat gesagt: „Es wird alsdann das persönliche Recht mit einer Wirksamkeit ausgestattet, die es dem dinglichen Recht nahe verwandt erscheinen läßt[39])". An der gleichen Stelle geht es dann weiter: „Wenn Sie die drei Kategorien der Vormerkungen überblicken, so ist gemeinsam für sie zu sagen, daß sie einem Verhältnisse dingliche Wirkungen verschaffen, das noch nicht oder überhaupt nicht als dingliches Recht anerkannt ist." Ferner sagt Huber bei einer Ausführung über das Vor- und Rückkaufsrecht: „Gleichwohl wird man diesen vertraglich begründeten Beschränkungen nicht den Charakter von eigenen dinglichen Rechten geben wollen[40])".

Der obligatorische Anspruch wird trotz der dinglichen Wirkungen durch die Vormerkung nicht geändert. Der persönliche Schuldner bleibt nach wie vor im gleichen Umfange verpflichtet. Hinzu treten lediglich durch die Verlautbarung des Anspruchs mittels seiner Vormerkung bestimmte dingliche Wirkungen.

Wohl bestimmt das ZGB in Art. 959 Abs. 2, daß der vorgemerkte Anspruch Wirkung gegenüber jedem später erworbenen Rechte hat. Welcher Art die Wirkung ist, wie die dingliche Wirkung sich gegen den Dritterwerber richtet, darüber gibt das Gesetz nur sehr spärliche Aufschlüsse. Vielmehr muß man zunächst aus dem Zweck der Vormerkung die Grenzen der dinglichen Wirkung ermitteln.

Die Vormerkung schließt keinesfalls einen späteren Erwerb des durch Vormerkung gesicherten Rechtes durch einen Dritten aus. Das ergibt schon der Wortlaut des Art. 959 Abs. 2 ZGB. Es erfolgt keine Sperre des Grundbuchs. Verfügungen des durch die Vormerkung Betroffenen sind nicht absolut unwirksam[41]). Nach der

---

38) Früh S. 29 ff.
39) Amtl. stenograph. Bulletin der schweiz. Bundesversamm. Bd. 16 S. 1028 (zit. v. Pfeiffer S. 33.)
40) Huber: Erläuterungen eines Vorentwurfs zum schweiz. ZGB. Bern 1914 II S. 97.
41) Gmür Art. 959 Nr. 5. Guhl S. 166. Heer S. 29. Früh S. 31.

Einschreibung der Vormerkung können aber Rechte nicht mehr erworben werden, insoweit als sie das durch Vormerkung gesicherte Recht vereiteln oder beeinträchtigen würden[42]. Genau wie im deutschen Recht bewirkt also die Vormerkung eine relative Unwirksamkeit aller der Rechte, die dem durch Vormerkung gesicherten Anspruch entgegenstehen[43]. Wenn nun kollidierende dingliche Rechte entstanden sind, die der Vormerkung entgegenstehen, wie hat dann die Beseitigung dieser Rechte zu Gunsten der Vormerkungsberechtigten zu erfolgen? Hier weicht die Auffassung des schweizerischen Rechts sehr stark von der des deutschen Rechts ab. Nach schweizerischem Recht richtet sich der Anspruch des Vormerkungsberechtigten direkt gegen den Erwerber des entgegenstehenden dinglichen Rechts. Im deutschen Recht hat die relative Unwirksamkeit der entgegenstehenden Verfügung die Folge, daß der Erwerb des beeinträchtigenden oder vereitelnden Rechts gegenüber dem Vormerkungsberechtigten als nicht erfolgt angesehen wird, und derjenige, der die Vormerkung bewilligt hatte, auch weiterhin einfach auf Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs haftet. So ist die Übereignung des Grundstücks durch den Verkäufer an den zweiten Käufer dem ersten Käufer gegenüber unwirksam. Die Rechtslage ist so, daß dem ersten Käufer gegenüber der Verkäufer immer noch der Eigentümer bleibt. Die Klage gegen den zweiten Käufer auf Zustimmung zur Umschreibung ist lediglich erforderlich, um den Formalvorschriften der GBO zu genügen. Nur insoweit besteht ein dinglicher Anspruch gegen den zweiten Käufer. Im schweizerischen Recht geht die dingliche Wirkung der Vormerkung weiter. Hier kann der durch die Vormerkung Berechtigte das mit der Vormerkung belastete Grundstück einfach von dem Dritten herausverlangen. Der Dritte hat die zur Übereignung des Grundstücks an den Berechtigten erforderlichen Erklärungen abzugeben oder im Falle einer beeinträchtigenden Belastung deren Löschung zu bewilligen[44]. Insoweit kommt die Vormerkung des ZGB dem jus ad rem erheblich näher als die deutsch-rechtliche Vormerkung[45]. Wie jenes so wirkt auch die schweizerische Vormerkung zur Sicherung persönlicher Ansprüche gegen den Dritterwerber insofern gleich, als der Dritte direkt auf Herausgabe des Grundstücks in Anspruch genommen werden kann. Das vorgemerkte Recht aber aus diesem Grunde als ein jus ad rem zu

---

42) Gmür Art. 959 Nr. 4. Heer S. 29. Früh S. 32. Pfeiffer S. 41.
43) Gmür Art. 959 Nr. 6. S. o. S. 45 ff.
44) Gmür Art. 959 Nr. 4 und 10. Wieland Art. 959 Nr. 3c 2 bb. Pfeiffer S. 43 Guhl S. 170. Heer S. 33, 43, 44. Huber: Vorträge S. 38 und 43, zit. von Gmür aaO.
45) S. o. S. 42 Anmerk. 14.

bezeichnen und rechtlich wie ein solches zu behandeln, scheitert nicht nur wegen der Verschiedenheit der Wirkungen, die die Vormerkung gegenüber dem jus ad rem im Konkursverfahren zeigt, sondern besonders deshalb, weil das System des schweizerischen Rechts ein jus ad rem nicht kennt[46]). Daß die Vormerkung tatsächlich gegen den Dritten direkt wirkt, d. h. daß der Anspruch auf das Recht unmittelbar gegen den Dritten zu richten ist, kommt an einer Stelle des Gesetzes deutlich zum Ausdruck. Art. 260 Abs. 2 OR sagt, daß „die Vormerkung bewirkt, daß jeder neue Eigentümer dem Mieter die Benutzung des Grundstücks gestatten muß." Daß im schweizerischen Recht die relative Unwirksamkeit eine andere ist als im deutschen Recht, geht auch aus Art. 681 Abs. 1 und Art. 683 Abs. 1 ZGB hervor: „Wird ein Vorkaufsrecht vorgemerkt, so besteht es gegenüber jedem Eigentümer." „Wird ein Kaufsrecht oder ein Rückkaufsrecht vorgemerkt, so besteht es gegenüber jedem Eigentümer." Das schweizerische Recht läßt also die Geltendmachung des durch Vormerkung gesicherten Eigentumserwerbsanspruchs gegen den späteren Erwerber direkt zu[47]).

Gegen den Dritten, der ein der Vormerkung zuwiderlaufendes Recht erworben hat, geht der Anspruch, diesen vormerkungswidrigen Zustand zu beseitigen. Dieses ist die dingliche Wirkung der Vormerkung, dinglich deshalb, weil sie ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vormerkungsberechtigten und jedem der Vormerkung zuwider erwerbenden Dritten schafft, ohne daß ein besonderes persönliches Rechtsverhältnis zwischen diesen bestanden hat. Im übrigen bleibt der durch Vormerkung gesicherte Anspruch obligatorisch. Ein Herrschaftsrecht an der Liegenschaft wird durch die Vormerkung nicht begründet. Der ursprünglich Verpflichtete bleibt auch weiterhin zur Leistung verpflichtet, er haftet schuldrechtlich im Falle von Untergang oder Verschlechterung der Sache[48]). Zu weit gehen Guhl[49]) und Heer[50]) mit ihrer Ansicht. Nach diesen beiden Autoren soll die Vormerkung wie ein subjektiv dingliches Recht des Berechtigten an dem Grundstück haften. Durch die Vormerkung eines Kaufrechtes würde also dieses mit dem Grundstück verbunden sein. Jeder spätere Erwerber dieses Grundstücks übernähme damit die am Grundstück haftende Verpflichtung auf Erfüllung des Kaufvertrages, im Falle

46) Pfeiffer S. 27. Heer S. 14. Mercier S. 70. v. Tuhr: schweiz. Obligationenrecht I S. 7.
47) Wieland Art. 683 Nr. 3.
48) Gmür Art. 959 Nr. 4 und 10.
49) S. 170 und 176.
50) S. 33.

der Nichterfüllung die Ersatzpflicht. Der alte Eigentümer, der ursprünglich obligatorisch Verpflichtete würde danach von seiner Leistung frei. Wollte man dieser Ansicht folgen, so bliebe von dem wahren Wesen der Vormerkung nicht viel übrig. Denn dann würde die Vormerkung zu einer subjektiv dinglichen Grundstücksbelastung und sie wäre nicht mehr ein persönlicher Anspruch mit der dinglichen Wirkung, die den Dritten zur Herausgabe des Grundstücks zwingt[51]).

III. Die Vormerkung des Kaufanspruchs insbesondere.

Haben wir eben die Voraussetzungen und Wirkungen der Vormerkung von persönlichen Ansprüchen von allgemeineren Gesichtspunkten ausgehend betrachtet, so müssen wir die dabei erzielten Ergebnisse auf unseren Fall zur Anwendung bringen. Daß der erste Käufer seinen Anspruch aus dem Kaufvertrage gegen den Verkäufer durch Einschreibung einer Vormerkung grundsätzlich sichern kann, geht aus dem Gesetz, Art. 959 Abs. 1 und Art. 683 ZGB eindeutig hervor. Im deutschen Recht kann derjenige, der überhaupt vormerkungsberechtigt ist, schon auf Grund des bestehenden vormerkbaren Rechtes die Vormerkung durch Eintragungsbewilligung oder im Falle der Nichtbewilligung auf Grund einer einstweiligen Verfügung erlangen. Auf Grund des Kaufvertrages schon kann der erste Käufer die Eintragung einer Vormerkung durchsetzen. Nicht braucht also vertraglich vom Verkäufer die Bewilligung einer Vormerkung zugesichert zu sein[52]). Anders dagegen regelt das schweizerische Recht die Begründung einer Vormerkung. Hier verleiht die Existenz des vormerkungsfähigen Anspruchs allein noch nicht die Möglichkeit, die Einschreibung einer Vormerkung zu erreichen. Das Recht auf Vormerkung des persönlichen Anspruchs ist dem Gläubiger nur dann gegeben, wenn die Parteien die Eintragung des vorgemerkten Rechts, also die Vormerkung, vertraglich besonders vereinbart haben. Der Anspruch aus dem Kaufvertrage allein macht diesen zu Gunsten des Käufers noch nicht vormerkbar. Der Käufer und Verkäufer müssen eine besondere vertragliche Abmachung darüber getroffen haben, daß der Anspruch des Käufers vorgemerkt werden soll[53]).

Erwirbt nun der zweite Käufer nach der Einschreibung der Vormerkung zu Gunsten des ersten Käufers das diesem verkaufte

51) Früh S. 46.
52) S. o. S. 43/44.
53) Gmür Art. 959 Nr. 17. Wieland Art. 959 Nr. 3b, Art. 683 Nr. 1. Früh S. 9. Heer S. 23.

Grundstück, so schadet das dem ersten Käufer nicht mehr, falls er seinen Anspruch innerhalb eines Zeitraumes von 10 Jahren seit der Vormerkung geltend macht. (Art. 683 Abs. 2 ZGB). Ihm gegenüber ist die an den zweiten Käufer erfolgte Uebereignung unwirksam. Er kann von dem zweiten Käufer die Abgabe der zur Übereignung an ihn den ersten Käufer notwendigen Erklärungen verlangen. Die schweizerische Rechtswissenschaft läßt in diesem Falle jedoch dem zweiten Käufer gegen den ersten Käufer, falls dieser die Herausgabe der Liegenschaft verlangt, den Anspruch auf Zahlung des zwischen dem ersten Käufer und Verkäufer vereinbarten Kaufpreises zukommen[54]).

Daß Guhl und Heer einen solchen Standpunkt vertreten, erklärt sich aus der von ihnen behaupteten subjektiv-dinglichen Verbundenheit der Vormerkung mit dem Grundstück, kraft derer der zweite Käufer die gleiche Rechtsstellung wie sein Rechtsvorgänger, der Verkäufer, gegenüber dem ersten Käufer einnimmt. Wie aber die anderen Autoren dazu kommen, dem dinglich wirkenden Herausgabeanspruch des Vormerkungsberechtigten einen schuldrechtlichen Anspruch des Herausgabeverpflichteten entgegenzusetzen, ist nicht erklärlich. Einen Anhaltspunkt dafür bietet das Gesetz nicht. Die rechtliche Konstruktion der Vormerkung wird durch diese Auslegung in ihren Rechtswirkungen durchlöchert. Ein Teil des Schuldverhältnisses, das doch nur zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem Vormerkungsberechtigten bestehen soll, wird nach Auffassung der herrschenden Lehre in seinen Wirkungen auf den späteren Erwerber übertragen dadurch, daß dieser zum Teil in die Stellung des Verkäufers einrückt. Mit Recht weist Guhl, der seinerseits allerdings ganz folgerichtig zum gleichen Ergebnis wie die herrschende Lehre gelangt, auf das Widerspruchsvolle dieser Lehre hin[55]). Auch praktische Erwägungen zwingen keinesfalls zur Annahme des von der herrschenden Lehre eingenommenen Standpunktes. Die Rechtslage zwischen den drei beteiligten Personen wird ganz erheblich kompliziert, wenn der erste Käufer den Kaufpreis bereits an den Verkäufer gezahlt hatte und nachher, um das Grundstück von dem zweiten Käufer herauszubekommen, an diesen noch einmal die Kaufpreissumme zahlen muß. Wenn der Verkaufer überdies nach Erhalt des Kaufgeldes in Konkurs gefallen ist, so erlangt der erste Käufer zwar das Grundstück, aber er zahlt praktisch unter Umständen die doppelte

---

54) Gmür Art. 959 Nr 13. Wieland Art, 683 Nr. 4. Guhl S. 170. Heer S. 33, 43, 44.
55) Guhl S. 176.

Summe. Der Schutz des Vormerkungsberechtigten läßt im schweizerischen Recht gegenüber der deutschrechtlichen Regelung erheblich zu wünschen übrig. Warum soll der zweite Käufer seinerseits Zahlung des Kaufpreises verlangen können? Er weiß doch beim Erwerbe davon, daß das Grundstück mit einer Vormerkung belastet ist; er muß also damit rechnen, daß von ihm möglicherweise die Herausgabe des Grundstückes verlangt werden kann. Das Gesetz zwingt nicht zu einer derartigen Konstruktion. Der rechtliche Charakter des vorgemerkten Anspruchs, der in erster Linie schuldrechtlicher Anspruch gegen den Verkäufer mit der gegen den Dritterwerber auf Herausgabe gehenden dinglichen Wirkung ist, weist vielmehr darauf hin, daß der Herausgabeanspruch nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden darf. Schließlich dringt der Zweck der Vormerkung als ein Schutzmittel für den Berechtigten gerade darauf, dem zweiten Käufer einen Anspruch gegen den ersten Käufer auf Zahlung des Kaufpreises an sich nicht zu geben.

Es ist hier in einer rechtsvergleichenden Darstellung nicht der geeignete Ort, eine neue der derzeitigen herrschenden schweizerischen Rechtslehre entgegengesetzte Theorie aufzustellen. Zudem liegt uns auch zuvorderst nur daran, das Wesen des Anspruchs des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer zu kennzeichnen. Die kritische Würdigung des in der schweizerischen Rechtswissenschaft zu dieser Frage eingenommenen Standpunktes zwingt allerdings zu dem Schluß, daß hier die kurze und knappe Fassung des Gesetzes zu bedenklichen Ergebnissen führen kann. Das deutsche BGB sagt auch nichts über den Rechtscharakter des vorgemerkten Anspruchs, wohl aber legt es ausführlich die einzelnen Wirkungen der Vormerkung dar. Hier zeigt sich einmal ein gewisser Mangel des Prinzips, das die Gesetzgeber bei der Schaffung des ZGB geleitet hat. Im ZGB sind von den Gesetzgebern ganz bewußt in aller Kürze nur Rechtsgrundsätze aufgestellt worden, im übrigen ist der wissenschaftlichen und richterlichen Auslegung ein breiter Raum gelassen[56]).

Zusammenfassend muß hiernach bezüglich des Anspruchs des ersten Käufers gesagt werden: Hat der erste Käufer seinen Anspruch durch Bewilligung und Einschreibung einer Vormerkung sichern lassen, so kann er vom zweiten Käufer die Abgabe der Erklärungen verlangen, die notwendig sind, um ihn zum Eigentümer der verkauften Liegenschaft zu machen. Dieser Anspruch ist kraft der ihm durch die Vormerkung verliehenen Wirkung dinglicher Natur. Im schweizerischen Recht gelangen wir also trotz erheblicher Abweichungen auf

---

56) Egger: Allg. Einleitung Nr. 32.

dem Gebiete der Vormerkung persönlicher Rechte bei der Lösung unserer Frage zum gleichen Ergebnis wie im deutschen Recht.

C. Die vorläufigen Grundbucheintragungen zur Sicherung des Kaufanspruchs im österreichischen Recht.

Im deutschen und schweizerischen Recht kann der Käufer seinen Anspruch gegen den Verkäufer auf Eigentumsübertragung an dem verkauften Grundstück durch die Einschreibung einer Vormerkung sichern. Steht die Vormerkung im Grundbuch, so kann eine kollidierende Verfügung des Verkäufers den dinglichen Rechtserwerb des ersten Käufers nicht mehr ausschließen.

Haben das deutsche und das schweizerische Recht die Institute der vorläufigen Grundbucheintragungen in zusammenfassender Art geregelt, so läßt es das österreichische Recht auch hier an der erforderlichen Geschlossenheit fehlen. Gibt es zur Sicherung schuldrechtlicher Übereignungsansprüche in den beiden oben behandelten Rechtssystemen lediglich eine Art von Grundbucheintragungen, nämlich die Vormerkung, so weist das österreichische Recht verschiedene Möglichkeiten auf, deren sich der Käufer je nach der Lage des Falles zur Sicherung seiner Ansprüche bedienen kann.

I. Die Vormerkung des Eigentumsanspruchs.

Die Vormerkung als Grundbucheintrag ist dem österreichischen Recht nichts Unbekanntes. So finden wir in den §§ 438 und 439 aBGB Regeln über die Vormerkung des Eigentums, im § 453 aBGB Vorschriften über die Vormerkung des Pfandrechts, § 35 GBG schließlich läßt die Vormerkung für alle die Rechtsänderungen zu, die überhaupt einverleibungsfähig sind. Hierin zeigt sich eine Ähnlichkeit mit der deutsch-rechtlichen Vormerkung. Eine Vormerkung ist möglich zur Sicherung eines Anspruchs auf Rechtsänderung, sofern nur die Rechtsänderung selbst eintragungsfähig ist. Im übrigen weicht die österreichische Vormerkung, was den Zweck, die Voraussetzungen und die rechtliche Natur angeht, von der Vormerkung des schweizerischen und des deutschen Rechts erheblich ab. Für den Begriff und Zweck der Eigentumsvormerkung — denn nur diese ist hier von Belang — können wir dem Wortlaut des § 438 aBGB bereits das wesentliche entnehmen. Oben war bereits ausgeführt worden[57]), daß derjenige, der beim Grundbuchsgericht um

57) S. o. S. 35.

die Einverleibung nachsucht, eine Titelurkunde vorlegen muß. Diese Urkunde muß formal und inhaltlich gewissen Anforderungen entsprechen, die oben näher erörtert werden[58]). Legt nun der um Einverleibung nachsuchende Käufer eine Urkunde vor, die nicht alles Notwendige enthält, so ist eine Einverleibung diesem Ansuchen entsprechend nicht möglich. Damit nicht der Verkäufer in der Zeit, in welcher der Käufer die Vervollständigung der Urkunde auf gerichtlichem oder außergerichtlichem Wege zu erreichen sucht, das Grundstück an eine andere Person veräußert oder zu Gunsten eines anderen belastet, kann der ansuchende Käufer eine Vormerkung in das Grundbuch einschreiben lassen. Voraussetzung dafür ist, daß der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer überhaupt beurkundet ist. Fehlen aber auf der Urkunde die Bezeichnung der Liegenschaft, die Beglaubigung der Unterschrift des Veräußerers oder die Einverleibungsklausel, so kann der ansuchende Käufer sich eine Vormerkung eintragen lassen. Binnen zwei Wochen seit Zustellung der Mitteilung muß der Käufer zur Rechtfertigung der Vormerkung Klage erheben. Die Klage verfolgt den Zweck, daß gerichtlich festgestellt wird, daß der Käufer Anspruch auf Vervollständigung der Urkunde hat. Eine Vervollständigung der Urkunde durch den Verkäufer ist dann nicht erforderlich, wenn das Gericht der Klage stattgegeben hat. Das Rechtfertigungsurteil ersetzt die durch den Verkäufer zu erteilende Vervollständigung[59]). Der Klagerhebung bedarf es dann nicht, wenn sich der Verkäufer innerhalb der zweiwöchentlichen Frist zur Vervollständigung der Urkunde bereit findet. Geschieht das aber nicht, und wird auch die Klage innerhalb der Frist nicht erhoben, so ist die Vormerkung auf Ansuchen des von der Vormerkung Betroffenen zu löschen. (§ 439 aBGB). Die Rechtfertigungsurkunde ist vom Veräußerer auszustellen genau so wie die Rechtfertigungsklage gegen diesen zu richten ist. Man hat zwar dagegen eingewandt, daß der Veräußerer nicht mehr legitimiert sei, wenn er das Grundstück an eine andere Person übereignet habe, und diese in das Grundbuch eingetragen sei, da nur der Eingetragene über das verbücherte Grundstück verfügen könne. Dieser Ansicht steht aber die Bestimmung des § 41 GBG entgegen[60]). Die Rechtsprechung[61]) ist zu einer festen Stellungnahme nicht gelangt. Nach ihr hat sich der erste Käufer bald an den Verkäfer bald an den zweiten Käufer, der inzwischen

58) S. o. S. 35/36.
59) Vgl. in der deutschen ZPO § 896.
60) So auch die herrschende Lehre: Ehrenzweig § 227 II Anm. 42. Klang § 439, 2.
61) Klang § 439, 2.

als Eigentümer einverleibt ist, bald an beide zusammen zu halten. Sich bei dem Rechtfertigungsverfahren an den Verkäufer zu halten, ist aber der erste Käufer stets berechtigt. Das gegen diesen erwirkte Rechtfertigungsurteil wirkt auch immer gegen den Rechtsnachfolger des Verkäufers, den zweiten Käufer[62]).

Zur Begründung der Feststellungsklage, daß die Vormerkung gerechtfertigt sei, ist vom klagenden Käufer zu beweisen: Das Vorhandensein eines Rechtsgrundes, der den Anspruch auf Eigentumsüberlassung verleiht, und die Echtheit der unvollständigen Urkunde, auf Grund derer die Vormerkung erwirkt wurde[63]). In dem obsiegenden Urteil wird dann festgestellt, daß die Vormerkung gerechtfertigt ist, daß mithin der Käufer berechtigt war, die Einverleibung anzusuchen. Die Unvollständigkeit der Urkunde wird damit ersetzt. Zu der Vormerkung wird dann die Rechtfertigung im Grundbuch in Form einer Anmerkung hinzugeschrieben[64]). Beides zusammen wirkt wie eine Einverleibung, gibt also dem Käufer volles Eigentum (§ 438 aBGB).

Welche rechtliche Stellung nimmt nun der erste Käufer ein, sobald sich eine Eigentumsvormerkung zu seinen Gunsten im Grundbuch findet? Diese Frage wird bereits vom Gesetz beantwortet. Nach § 438 aBGB erlangt derjenige, dem eine Eigentumsvormerkung zusteht, „ein bedingtes Eigentumsrecht“. Alle Verfügungen, die der Verkäufer nach Einschreibung der Vormerkung über das Grundstück getroffen hat, sind dem ersten Käufer gegenüber unwirksam. Ist die Bedingung, nämlich die Rechtfertigung der Vormerkung, eingetreten, so wird der erste Käufer Eigentümer. Dieser Eigentumserwerb gilt aber nicht erst im Zeitpunkt des Bedingungseintritts als erfolgt, sondern wird auf den Augenblick der Einreichung des Vormerkungsgesuchs zurückbezogen (§ 438 aBGB). Es gilt also die Fiktion, als sei das Ansuchen und die Einverleibung des Eigentums im Zeitpunkt des Vormerkungsansuchens erfolgt. Die in der Zeit zwischen Vormerkungsansuchen und Rechtfertigung von seiten des Verkäufers vorgenommenen Verfügungen sind Verfügungen eines Nichtberechtigten; denn berechtigt war nach dem Ansuchen nur noch

---

62) Klang § 439, 2 c α.
63) Ehrenzweig § 227 II.
64) Ehrenzweig § 227 II. Klang § 439, 2 c γ.

der erste Käufer. Die der Vormerkung zuwider erfolgten Eintragungen sind von Amtswegen zu löschen (§ 49 GBG)[65] [66]).

Kann der erste Käufer die Rechtfertigung der Vormerkung nicht beibringen, sei es nun, daß er im Rechtfertigungsprozeß nicht durchdringt oder daß er die Frist von 14 Tagen verstreichen läßt, so ist die Vormerkung mit allen vom Vormerkungsberechtigten bewilligten Eintragungen auf Antrag des Veräußerers zu löschen. Die in der Zwischenzeit von diesem bewilligten Eintragungen werden dann voll wirksam, da die auflösende Bedingung, von der seine Eigentumsstellung abhängig war, nicht eingetreten ist.

Diese Vormerkung des österreichischen Rechts ist mit der deuschrechtlichen Vormerkung kaum vergleichbar. Während diese ganz allgemein der Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung dient, bezweckt die Vormerkung des österreichischen Rechts nur die Sicherung während eines Abschnitts im Eintragungsverfahren. Man kann auch nicht sagen, daß die österreichische Vormerkung der schweizerisch-rechtlichen Vormerkung des Art. 961 Ziff. 2 ZGB ähnlich ist. Nach Art. 961 Ziff. 2 ZGB kann eine vorläufige Eintragung vorgemerkt werden im Falle der vom Gesetze zugelassenen Ergänzung des Ausweises. Zugelassen ist gem. Art. 966 Abs. 2 ZGB nur die Ergänzung des Ausweises über das Verfügungsrecht des Eingetragenen. Eine solche Ausweisergänzung steht aber bei der Vormerkung des österreichischen Rechts gar nicht in Frage. Die Vormerkung des österreichischen Rechts dient der Sicherung des Anspruchs in den Fällen, in denen zur Erfüllung grundbuchrechtlicher Formalvorschriften eine Ergänzung der Titelurkunde erforderlich ist. Auch in den Wirkungen, die der Vormerkung vom Gesetz beigelegt sind, geht das österreichische Recht eigene Wege. Unwirksam sind nicht nur alle kollidierenden Verfügungen des von der Vormerkung Betroffenen sondern im Falle der Rechtfertigung sämtliche von diesem getroffenen Verfügungen, gleichgültig ob sie beeinträchtigend oder vereitelnd wirken oder nicht. Schließlich weist die Vormerkung des österreichischen Rechts einen ganz anders gearteten Rechtscharakter auf. In den beiden oben behandelten Rechtssyste-

---

65) Ehrenzweig § 227 II.

66) Die heutige österreichische Rechtswissenschaft scheint eine allgemeine Rückwirkung der Bedingung nicht anzuerkennen. (Vgl. Ehrenzweig § 97, II.). Man wird also den Fall des § 438 aBGB als einen Einzelfall der Rückwirkung der Bedingung anzusehen haben, wenn man nicht überhaupt annimmt, daß hier das gleiche Prinzip wie im § 161 BGB zum Ausdruck kommt (Ehrenzweig § 97, II. S. auch Schwarz: „Bedingung" im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch für das Zivil- u. Handelsrecht des In- und Auslandes II. S. 418 ff.)

nen ist der durch Vormerkung gesicherte Anspruch nichts als ein obligatorischer Anspruch mit dinglicher Wirkung. Hier aber gibt die Vormerkung dem ersten Käufer bereits ein bedingtes Eigentum, das durch die Rechtfertigung zum unbedingten Eigentum wird.

II. Die Sicherung des dem ersten Käufer zustehenden Uebereignungsanspruchs bei einem formlos abgeschlossenen Kaufvertrage.

Eine Vormerkung gibt es im österreichischen Recht nur, wenn die Titelurkunde zu ergänzen ist, und der Berechtigte in der Zeit, die zur Ergänzung benötigt wird, seinen Anspruch sichern will. Wie ist nun aber der Käufer gestellt, wenn über den Kaufvertrag überhaupt keine Urkunde aufgenommen worden ist, also eine Titelurkunde garnicht verhanden ist? Es war bereits gesagt worden, daß eine Beurkundung des Kaufvertrages nicht zu dessen Gültigkeit, wohl aber als Ausweis für den Rechtsgrund der Uebereignung der Liegenschaft notwendig ist. Wie gestaltet sich nun die Rechtslage, wenn der Verkäufer und der erste Käufer mündlich einen Grundstückskaufvertrag abgeschlossen haben, und der Verkäufer eine Beurkundung des obligatorischen Geschäfts nicht vornehmen will? Der Vertrag ist gültig; unberührt bleibt allerdings das Rücktrittsrecht des Verkäufers beim Verkauf von forst- oder landwirtschaftlichen Grundstücken. Auf Grund des mündlich geschlossenen Kaufvertrages kann der erste Käufer auf Gestattung der Einverleibung gegen den Käufer klagen. Die Eintragung des obsiegenden Urteils ist möglich und ersetzt die fehlende Titelurkunde (§ 436 aBGB)[67].

Aber bis zur Durchführung des Rechtsstreites, bis zur Erlangung des rechtskräftigen Urteils kann eine lange Zeit verstreichen, innerhalb welcher der Verkäufer das Grundstück belasten oder es an einen anderen, etwa den zweiten Käufer, veräußern kann. Eine solche Verfügung des Verkäufers wäre dem ersten Käufer gegenüber wirksam, da dieser ein gültiges Einverleibungsansuchen, welches kollidierende Verfügungen des noch Eingetragenen unwirksam gemacht hätte, wegen Fehlens der Titelurkunde nicht stellen konnte.

Von Schimkowski[68]) ist die Theorie aufgestellt worden, der erste Käufer könne sich gegen kollidierende Verfügungen des Käufers dadurch sichern, daß er nach Erhebung der Klage auf Gestattung der Einverleibung eine Streitanmerkung eintragen ließe. Diese Ansicht ist aber nicht haltbar, da die Eintragung einer Streitanmerkung nur

---

67) Ehrenzweig § 227 III.
68) Zit. bei Ehrenzweig § 227 III Anm. 53.

möglich ist, wenn auf Löschung eines dinglichen Rechts geklagt wird. Bei der Klage auf Einräumung eines dinglichen Rechts ist die Eintragung einer Streitanmerkung grundsätzlich nicht zulässig. Nur in dem Falle der Klage auf Bewilligung der Einverleibung des Eigentums aus außerbücherlicher Ersitzung ist eine Streitanmerkung eintragbar. (§§ 61 und 63 GBG)[69]).

Das einzige Sicherungsmittel, das dem ersten Käufer in einer solchen Lage zusteht, ist der Erlaß einer einstweiligen Verfügung. Beweist er seinen Anspruch und die Gefährdung desselben, so kann durch einstweilige Verfügung ein gerichtliches Veräußerungs- und Belastungsverbot erlassen werden (§ 382 Ziff. 6 Exekutionsordnung). Diese einstweilige Verfügung kann als Anmerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Findet sich eine solche Anmerkung im Grundbuch, so ist der erste Käufer vor rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Verkäufers, die seinen Rechtserwerb beeinträchtigen können, geschützt[70]). Die bis zum Erlaß des Urteils vom Vorkäufer getroffenen Verfügungen sind beim Obsiegen des ersten Käufers diesem gegenüber unwirksam. Gegenüber Zwangsvollstreckungen durch Gläubiger des Verkäufers in das verkaufte Grundstück ist er allerdings nicht gesichert. Das Veräußerungs- und Belastungsverbot bezieht sich nur auf die vom Verkäufer rechtsgeschäftlich vorgenommenen Verfügungen.

Im deutschen wie im schweizerischen Recht ist diese Art der vorläufigen Eintragung zur Sicherung persönlicher Rechte bei dem Institut der Vormerkung mit geregelt. Das deutsche Recht gibt bei Vorliegen eines Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung gleichzeitig auch das Recht auf die Vormerkung. Bewilligt der Verpflichtete die Vormerkung nicht, so kann sie stets auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen werden. Zum Erlaß dieser einstweiligen Verfügung bedarf es nur des Nachweises, daß ein persönlicher Anspruch gegen den Eigentümer besteht. Die Gefährdung des Anspruchs braucht nicht noch besonders nachgewiesen zu werden[71]). Das schweizerische Recht kennt unter seinen Vormerkungen die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen. Eine Verfügungsbeschränkung kann dort vorgemerkt werden auf Grund einer amtlichen Anordnung zur Sicherung streitiger Ansprüche. Die Wirkungen der schweizerischen Vormerkung des Art. 960 Ziff. 1 ZGB[72]) wie die Wirkungen der deutschen Vormerkung kommen die Wirkungen der als Anmerkung

---

69) Klang § 442 II 2 und 3. Ehrenzweig § 227 III.
70) Ehrenzweig § 227 III.
71) S. für das deutsche Recht v. S. 44.
72) S. v. S. 50.

eingetragenen einstweiligen Verfügung des österreichischen Rechts in gewisser Hinsicht gleich. Auch sie begründen eine Verfügungsbeschränkung desjenigen, der von der Vormerkung oder Anmerkung betroffen wird. Dem vorgemerkten Recht oder der einstweiligen Verfügung zuwiderlaufende Verfügungen sind gegenüber dem Berechtigten unwirksam. Jedoch gehen die deutsche und schweizerische Vormerkung über diese Art der Anmerkung des österreichischen Rechts insofern hinaus, als auch nicht rechtsgeschäftliche Verfügungen des Vormerkungsgegners gegenüber dem Berechtigten unwirksam sind.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß nach Eintragung der einstweiligen Verfügung der erste Käufer eine Veräußerung des Grundstücks an einen zweiten Käufer nicht mehr zu befürchten braucht.

III. Die Anmerkung der Rangordnung als Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung.

Im vorigen Abschnitt erwähnten wir bereits den Begriff der Anmerkung. Es war von der Streitanmerkung die Rede. Es war weiter gesagt worden, daß eine einstweilige Verfügung als Anmerkung in das Grundbuch eingetragen werden kann. Überhaupt kennt das GBG als Arten grundbücherlicher Eintragungen die rechtsändernde Einverleibung, die Vormerkung und die Anmerkung. Die Anmerkungen dienen den allerverschiedensten Zwecken, so z. B. „der Ersichtlichmachung persönlicher Verhältnisse“ [73]) wie der Einschränkung der Vermögensverwaltung bei der Entmündigung oder der Konkurseröffnung. Ferner gibt es noch neben der Streitanmerkung und der eben genannten Anmerkung die Anmerkung der Zwangsverwaltung und noch viele andere Arten von Anmerkungen. So kennt das GBG auch die sogenannte Anmerkung der Rangordnung. § 53 GBG läßt die Anmerkung der Rangordnung zu bei beabsichtigter Eigentumsveräußerung, für beabsichtigte Verpfändung der Liegenschaft, schließlich für die beabsichtigte Abtretung oder Löschung von Hypothekenforderungen. Hier interessiert nur die erstgenannte Möglichkeit, nämlich die Anmerkung der Rangordnung für den Fall beabsichtigter Veräußerung der Liegenschaft.

Ohne daß ein Veräußerungsvertrag vorzuliegen braucht, kann der Eigentümer die Anmerkung der Rangordnung für eine beabsichtigte Veräußerung beim Grundbuchsgericht beantragen. Ist er legitimiert, und besteht nach dem Grundbuchstande die Möglichkeit, daß der Eigentümer zu einer Veräußerung überhaupt berechtigt ist,

73) Ehrenzweig § 185 IV 3 a.

was z. B. nicht der Fall wäre, wenn er im Konkurs- oder Ausgleichsverfahren befindlich in der rechtlichen Verfügungsgewalt beschränkt ist, so ist diese Rangordnungsanmerkung zu bewilligen. Die Rangordnungsanmerkung wird eingetragen, und der Eigentümer erhält e i n e Ausfertigung einer Bescheidsurkunde gemäß § 54 GBG. Die durch die Anmerkung freigehaltene Rangstelle wird nicht zu Gunsten eines bestimmten Erwerbers freigehalten. Die Ranganmerkung wirkt für die Dauer von 60 Tagen. Wird innerhalb dieser Zeit von ihr kein Gebrauch gemacht, – eine Verlängerung ist nicht möglich – so ist sie von Amtswegen zu löschen[74]).

Wird nun bei dem Kaufvertrage zur Bedingung gemacht, daß der erste Käufer diesen Bescheid erhalten soll, und wird ihm auch die Bescheidsurkunde übergeben, so erhält der erste Käufer für die Einverleibung seines Rechtes den Rang, der durch den Verkäufer angemerkt wurde. Verkauft der Verkäufer nun noch einmal das Grundstück an den zweiten Käufer, so kann dieser zwar um die Einverleibung nachsuchen. Sucht aber danach der erste Käufer unter Vorlegung des Anmerkungsbescheids um die Einverleibung nach, so erhält er den Vorrang vor dem zweiten Käufer. Kraft der Rangordnungsanmerkung gilt für ihn die unwiderlegliche Vermutung, als habe er zuerst um die Einverleibung nachgesucht. Seiner Einverleibung wird also stets der Vorrang zukommen. Hat der Verkäufer nach Überreichung des Bescheides noch andere Verfügungen über das Grundstück getroffen, so kann der erste Käufer die Löschung aller Eintragungen verlangen, die überhaupt nach dem Zeitpunkt der Übergabe des Bescheides an den Verkäufer erfolgt sind (§ 57 GBG). Eine zweite Veräußerung oder eine weitere Belastung des Grundstücks durch den Verkäufer können ihm also nicht schaden.

Wir sagten bereits, daß das dingliche Recht nicht erst mit der Einverleibung, sondern bereits mit dem Ansuchen um Einverleibung begründet würde. Das gilt auch hier. Die Vermutung, daß derjenige, dem die Rangordnungsanmerkung zugute kommt, so behandelt wird, als habe er im Zeitpunkt der Einschreibung der Anmerkung schon um die Einverleibung angesucht, wirkt nicht so weit, daß der erste Käufer schon von diesem Zeitpunkt an als Eigentümer gilt. Das Eigentumsrecht erlangt er erst in dem Augenblick, in dem er um die Einverleibung ansucht. Die rechtliche Stellung, die ihm auf Grund des Anmerkungsbescheides zusteht, ist nicht die eines beding-

74) Klang: § 439 S. 221 ff.

ten Eigentümers wie bei der Vormerkung.[75]) Vielmehr hat er auf Grund des Kaufvertrages und der Ranganmerkung nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer, das in gewisser Hinsicht dingliche Wirkungen gegen Dritte ausstrahlt. In erster Linie erlangt der Käufer durch den Kaufvertrag einen persönlichen Anspruch gegen den Verkäufer auf Bewilligung der Einverleibung, also auf Eigentumsverschaffung. Eigentümer des verkauften Grundstücks ist er auch nach Erhalt des Ranganmerkungsbescheides weder gegenüber dem Verkäufer noch gegenüber Dritten geworden, bevor von ihm das Ansuchen um Einverleibung gestellt worden ist. Auch auf Grund der Tatsache, daß er den Ranganmerkungsbescheid erhält, erlangt er keineswegs ein dingliches Herrschaftsrecht an dem Grundstück. Aber dennoch ist seine rechtliche Stellung schon vor dem Ansuchen um Einverleibung zum Teil die eines dinglich Berechtigten. Zwar wird der Verkäufer in seiner rechtlichen Verfügungsfähigkeit nicht beschränkt, wenn er den Ranganmerkungsbescheid dem ersten Käufer übergeben hat. Praktisch aber wird seine Verfügungsbefugnis gegenstandslos gemacht. Sämtliche von ihm getroffenen Verfügungen, die der Ranganmerkung zeitlich nachgehen, sind dem Ranganmerkungsberechtigten gegenüber unwirksam. Ebensowenig schaden dem ersten Käufer eine der Ranganmerkung zeitlich folgende Konkurs- oder Vergleichsverfahrenseröffnung, eine nachfolgende Zwangsvollstreckung oder ein Veräußerungsverbot. Dritte werden also von dem Rechtserwerb an dem Grundstück ausgeschlossen, soweit dieser Rechtserwerb der Ranganmerkung zuwiderläuft und zeitlich nach dieser erfolgt ist, d. h. das Ansuchen um Einverleibung zeitlich nach der Einschreibung der Ranganmerkung gestellt ist. Gerade in dieser Ausschließungsbefugnis zeigt sich der dingliche Charakter der Rechtsstellung des Ranganmerkungsberechtigten.

Hat ein zweiter Käufer nach der Einschreibung der Ranganmerkung, deren Bescheid dem ersten Käufer vom Verkäufer übergeben ist, um die Einverleibung nachgesucht, so steht seiner Eintragung als Eigentümer nichts im Wege. Sucht alsdann aber der erste Käufer innerhalb der Frist von 60 Tagen seit Einschreibung der Anmerkung um die Einverleibung nach, so kann er vom zweiten Käufer, der mit dem Ansuchen um Einverleibung als Eigentümer zu gelten hat, die Bewilligung der Einverleibung verlangen[76]).

Diese Ranganmerkung wirkt also innerhalb der 60-tägigen Frist ähnlich wie die Vormerkung des persönlichen Kaufrechts des

75) Ehrenzweig § 233.
76) Klang: § 439 Zusatz IV 2.

schweizerischen Rechts. Entgegenstehende Rechte können zunächst einmal nicht mit Wirksamkeit gegenüber dem Berechtigten erworben werden. Anders aber als im deutschen Recht, wo derjenige, der der Vormerkung zuwider erworben hatte, nur die nach § 19 GBO erforderliche formelle Erklärung abzugeben hatte, kann von dem zweiten Erwerber im österreichischen Recht die Abgabe der zur Uebereignung erforderlichen materiellen und formellen Einverleibungserklärung verlangt werden. Die Rechtsstellung, die dem ersten Käufer durch die Einräumung und Uebergabe des Ranganmerkungsbescheides zugewiesen wird, ist im Verhältnis zum zweiten Käufer die eines dinglich Berechtigten. Der Anspruch, den der erste Käufer danach gegen den zweiten Käufer zur Erlangung der zweimal verkauften Liegenschaft geltend machen kann, ist hier dinglicher Natur.

§ 5.

Eine Ersatzpflicht des zweiten Käufers wegen Anstiftung zu einer unerlaubten Handlung ist nicht gegeben.

Es bleibt nun zu prüfen, ob der zweite Käufer, der die bereits dem ersten Käufer verkaufte Sache sich noch einmal verkaufen und übereignen läßt, nicht aus einem schuldrechtlichen Verpflichtungsgrunde in Anspruch genommen werden kann. In dem Verhalten des zweiten Käufers könnte von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus eine unerlaubte Handlung liegen. Einmal kann in seiner Handlung selbst die Täterhandlung gefunden werden, oder aber sein Verhalten kann sich deshalb als ein Delikt darstellen, weil er den Verkäufer zu einer unerlaubten Handlung angestiftet hat. In diesem letzteren Falle würde die unerlaubte Handlung darin liegen, daß der zweite Käufer den Verkäufer zur nochmaligen Veräußerung und Uebereignung der bereits verkauften aber noch nicht übergebenen Sache veranlaßt. Es ist da vor allem an den Fall zu denken, daß der zweite Käufer, um das Eigentum an der in Frage stehenden Sache zu erlangen, dem Verkäufer einen höheren als den zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer vereinbarten Kaufpreis bietet.

§ 830 Abs. 2 BGB sagt, daß Anstifter und Gehilfen den Mittätern gleichstehen. Wie diese sollen auch die Anstifter dem Geschädigten gesamtschuldnerisch haften. Ebenso bestimmt für das schweizerische Recht Art. 50 OR die Haftung der Anstifter, Gehilfen und Mittäter bei gemeinsam begangener unerlaubter Handlung. Zwar

spricht Art. 50 OR nur von einem gemeinsam verschuldeten Schaden. Daß jedoch nur ein durch Delikt verursachter Schaden hier gemeint ist, geht schon aus der Stellung des Art. 50 OR innerhalb des die unerlaubten Handlungen regelnden Gesetzesabschnittes hervor.

Der Begriff der Anstiftung ergibt sich nicht aus dem BGB, ist vielmehr dem Strafrecht zu entnehmen [1]). Wie im Strafrecht dem Begriff der Anstiftung die Hervorrufung des Tätervorsatzes und die Bewirkung der Tat durch den Angestifteten wesentlich sind [2]), so ist für die Anstiftung zur unerlaubten Handlung erforderderlich:

1. Die Herbeiführung des Entschlusses zur unerlaubten Handlung,
2. Die Ausführung dieser unerlaubten Handlung.

Eine Haftung des Anstifters kommt also nur dann zur Entstehung, wenn die von dem Angestifteten vorgenommene Handlung ein Delikt ist. Dieser Satz hat auch für das schweizerische Recht zu gelten. Das ist vom Bundesgericht in einer neueren Entscheidung eindeutig ausgesprochen worden [3]). Es ist also zunächst festzustellen, ob das Verhalten des Verkäufers gegenüber dem ersten Käufer sich als eine unerlaubte Handlung darstellt. Die Handlung des Verkäufers besteht darin, daß er durch Veräußerung der dem ersten Käufer zu liefernden Sache an den zweiten Käufer die Erfüllung des Kaufvertrages schuldhaft unmöglich macht. Er setzt sich selbst durch die Veräußerung der Kaufsache an den zweiten Käufer außerstande, die ihm obliegende Verpflichtung aus dem Kaufvertrage zur Eigentumsverschaffung zu erfüllen. Begründet diese schuldhaft verursachte Nichterfüllung des Vertrages eine unerlaubte Handlung des Verkäufers? Die Frage muß für das deutsche und schweizerische Recht verneint werden. Im deutschen Recht spricht einmal die Ansicht des Gesetzgebers dagegen. Wir finden sowohl in den Motiven wie in den Protokollen an den Stellen, an denen der Gesetzgeber sich mit der Frage beschäftigt hat, ob die Verletzung eines Schuldverhältnisses durch den Schuldner eine unerlaubte Handlung darstellt, stets eine Verneinung dieser Frage [4]). Wenn man die Nichterfüllung schuldrecht-

---

1) So auch die herrschende Meinung: Planck § 830 Nr. 3. Oertmann § 830, 7a. RGRKomm. § 830, 5. RG in Warn. Jahrb. 1917 Nr. 17.
2) Franck: Das St. G. B. für das deutsche Reich 1931 § 48 II. Ebermayer, Lobe, Rosenberg: R. St. G. B. 1929. § 48, 2.
3) BGE 52, 2, 376
4) M. II S. 727. M. III S. 392. Prot. II. Komm. II. S. 572.

licher Verbindlichkeiten als eine unerlaubte Handlung ansehen wollte, so hätte die ausführliche Regelung des Gesetzes über die Fälle der Schadensersatzpflicht des Schuldners bei schuldhafter Unmöglichkeit und Verzug keinen Sinn. Die ausführliche Regelung dieser Fälle weist gerade auf das Gegenteil hin. Wie Oertmann treffend sagt[5]), hat der Gesetzgeber die Fälle schuldhafter Nichterfüllung von obligatorischen Pflichten gegenüber den Bestimmungen über die Delikte als ein „jus speciale" geregelt. Das geht z. B. aus § 618 Abs. 3 BGB hervor. Dort werden bei der Regelung des Dienstvertrages die Vorschriften über unerlaubte Handlungen für entsprechend anwendbar erklärt[6]). Das wäre nicht erfoderlich, wenn man bei schuldhafter Vertragsverletzung bereits Deliksrecht anwenden könnte. Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Lehre und der Rechtssprechung geteilt[7]). Damit soll nun nicht gesagt werden, daß eine Verletzung des Schuldverhältnisses nicht auch gleichzeitig sich als unerlaubte Handlung darstellen kann. Doch nur dann kann eine solche Schuldverletzungshandlung als unerlaubte Handlung angesehen und als eine solche behandelt werden, wenn sie außerhalb des Vertragsverhältnisses begangen sich als Delikt darstellen würde. Das trifft jedoch bei der Vertragsverletzung des Verkäufers keinesfalls zu. Gleiches gilt im schweizerischen Recht[8]).

Liegt also in dem Handeln, dem Vertragsbruch des Verkäufers keine unerlaubte Handlung, so ist auch Anstiftung zu einer solchen begrifflich ausgeschlossen[9]) Es bedarf also hier gar nicht mehr einer Prüfung der Frage, die von Hein[10]) aufgeworfen wird, ob die Verursachung oder die Verantwortung den Anstifter haftbar mache[11]).

Im österreichischen Recht bestimmt § 1295 Abs. 1 aBGB „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der

---

5) § 823, 3 d α.

6) Heck: Schulrecht § 145, I 1.

7) Oertmann: § 823, 3 d a. Planck: Vorbem. § 823 Nr. 4. Staudinger: Vorbem. § 823 II b. Enneccerus-Lehmann: § 228 I, 1 d. RG. in RGZ. 53 S. 201; 87 S. 309; in J. W. 1912 S. 136. OLG. Celle. in Recht 1904 Nr. 1811 OLG. Dresden in Recht 1903 Nr. 1250. OLG: Frankfurt in Recht 1906 Nr. 3290. Anderer Ansicht Kohler (II, 1 S. 39, 156, 526), der ohne jede Begründung den Schuldner bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen den Vertrag auch aus Delikt haften läßt.

8) v. Tuhr: Schweiz. Oblicationenrecht § 46 Nr. 5.

9) Oertmann: § 830, 7a. Kiß in DJZ. 1908 S 684 ff.

10) Verleitung zum Vertragsbuch S. 4 ff.

11) Kiß aa O. S. 685.

Schaden mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht sein." Einen Unterschied zwischen vertraglicher Schuldverletzung und unerlaubter Handlung macht also das österreichische Recht nicht. Die Schuldverletzung durch den vertraglich verpflichteten Schuldner ist hiernach ebenso eine unerlaubte Handlung wie die Schädigung, die von einem Dritten ausgeht, der bis zur Schädigung mit dem Betroffenen in keinem Rechtsverhältnis gestanden hat. Nun bestimmt das aBGB im § 1301, daß mehrere Personen für eine schuldhaft widerrechtlich verursachte Schädigung verantwortlich sind, wenn sie gemeinschaftlich dazu beigetragen haben. § 1301 aBGB zählt besonders den Fall auf, daß jemand „durch Verleiten" bei der Schadenszufügung mitgewirkt hat. Es erhebt sich damit die Frage, ob derjenige, der einen anderen zu einer Vertragsverletzung verleitet, sich einer unerlaubten Handlung schuldig macht. Der vertragsbrüchige Schuldner begeht eine Schuldverletzung. Die Schuldverletzung aber steht der durch einen Nichtvertragsbeteiligten begangenen unerlaubten Handlung gleich. Der zweite Käufer würde also, wenn er den Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet, eine Anstiftung zu unerlaubter Handlung begehen. Dennoch läßt sich eine Ersatzpflicht des zweiten Käufers aus dem Gesichtspunkt deliktischer Anstiftung nicht begründen. Die Schadensersatzpflicht des Anstifters aus § 1301 aBGB setzt voraus, daß auch dieser alle Begriffsmerkmale der unerlaubten Handlung erfüllt[12]). Das aber ist ohne weiteres nicht der Fall, da ein wesentliches Tatbestandmerkmal der unerlaubten Handlung, nämlich die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht gegeben ist (vgl. § 1295 Abs. 1 aBGB). Rechtswidrig ist eine Handlung dann, wenn sie eine Rechtsnorm oder ein durch das objektive Recht geschütztes subjektives Recht verletzt[13]). Hier wird aber durch das Verhalten des zweiten Käufers weder eine Rechtsnom noch ein subjektives Recht des zweiten Käufers verletzt[14]). Da die Anstifterhandlung für sich allein betrachtet also keine unerlaubte Handlung darstellen würde, kommt eine Haftung des zweiten Käufers aus dem Gesichtspunkt des § 1301 aBGB nicht in Betracht.

---

12) Klang § 1301.

13) Klang § 1294 I 2a. Vgl. auch Ehrenzweig § 301, III, der annimmt, daß die Verletzung von subjektiven Interessen bereits rechtswidrig sei, sofern nur das subjektive Interesse durch eine Rechtsnorm einen Schutz erfahre.

14) Ehrenzweig § 303 Anm. 57, § 391 Anm. 9. S. u. S. 78.

§ 6

Verletzt der zweite Käufer ein Recht des ersten Käufers?

I. Der zweite Käufer verletzt nicht das obligatorische Recht des ersten Käufers auf Eigentumsverschaffung an der Kaufsache.

1. Vorbemerkung.

Es gilt nunmehr zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen sich der Erwerb der Kaufsache durch den zweiten Käufer als eine unerlaubte Handlung darstellt, und zwar als eine unerlaubte Handlung, die der zweite Käufer als Haupttäter begangen hat. Während das römische Recht eine Fülle einzelner Tatbestände von unerlaubten Handlungen aufzählt, haben das preußische, französische, österreichische und schweizerische Recht einen allgemeinen Deliktsbegriff aufgestellt, wonach jede schuldhafte widerrechtliche Schadenszufügung den Schädiger zum Schadensersatz verpflichtet[1]). Das BGB hingegen hat bei der Anordnung des Begriffs der unerlaubten Handlungen eine Stellung eingenommen, die eine Kombination des vom römischen Recht einerseits und preußischen, französischen, österreichischen und schweizerischen Recht andererseits gewählten Systems darstellt. Das BGB hat nämlich mehrere allgemeine und einige Einzeltatbestände von unerlaubten Handlungen geschaffen.

2. Im deutschen Recht.

Die besonderen Einzeltatbestände des deutschen BGB treffen auf den vorliegenden Fall nicht zu. Die weitere Untersuchung hat also nur noch den generellen Deliktstatbeständen zu gelten. In Betracht kommen dafür die §§ 823 und 826 BGB. § 823 BGB enthält zwei verschiedene Arten von unerlaubten Handlungen. Gemäß Abs. 1 muß eine Verletzung der dort aufgezählten Rechtsgüter und Rechte stattgefunden haben. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB ist nur dann gegeben, wenn die Handlungen des Schädigenden gegen eine Gesetzesnorm verstößt, die den Schutz des Geschädigten bezweckt. Diese Schutznormen finden sich nicht nur im RStGB, vielmehr sind sie in den mannigfachsten Bestimmungen des objektiven Rechts zu finden. Ein Schutzgesetz, das den

---

1) ALR I, 6 §§ 10 ff. C. c. art 1382, 1383. aBGB § 1295. OR Art. 41 Abs. 1 S. u. S. 76, § 16 Abschnitt II.

Käufer einer Sache davor schützt, daß ein anderer unter Mißachtung des Eigentumsverschaffungsanspruchs die Kaufsache erwirbt, besteht nicht. Eine Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB entfällt daher von vornherein.

§ 823 Abs. 1 BGB spricht im Anschluß an das Eigentum noch von der schuldhaften widerrechtlichen Verletzung eines sonstigen Rechts. Man könnte nun daran denken – und derartige Konstruktionsversuche sind, wie noch zu zeigen sein wird, gemacht worden [2]) – in dem zweiten Kauf und dem Eigentumserwerb durch den zweiten Käufer die Verletzung eines „sonstigen Rechts" des ersten Käufers, nämlich seines obligatorischen Rechtes auf Eigentumsverschaffung an der Kaufsache zu erblicken. Der Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB verbietet jedenfalls eine solche Konstruktionsmöglichkeit nicht, läßt vielmehr die Verletzung von relativen Forderungsrechten zu [3]). Gerade von dem Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB sind eine Reihe von Schriftstellern ausgegangen, die in der Verletzung eines obligatorischen Rechts die Verletzung eines sonstigen Rechts im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB sehen [4]). Die Begründungen, die die Anhänger jener Lehre vorbringen, sind nicht durchschlagend [5]). Sie stützen sich in erster Linie auf den rechtspolitischen Gesichtspunkt, daß dem obligatorisch Berechtigten ein Schutz gegen die Einwirkungen eines schuldhaft handelnden Dritten gegeben werden muß [6]).

Dem gegenüber ist zu sagen, daß begrifflich schon beim doppelten Verkauf eine Verletzung des Forderungsrechtes des ersten Käufers gegen den Verkäufer ausgeschlossen ist. Ein jedes subjektives Recht richtet sich gegen andere Rechtssubjekte. Entweder richtet es sich nun gegen eine einzelne Person, gegen einen bestimmt begrenzten Kreis mehrerer Personen oder aber gegen die Allgemeinheit. Ein solches subjektives Recht bezeichnet man als absolutes, jenes als ein relatives subjektives Recht. Das Unterscheidungsmerkmal der beiden

---

2) S. u. S. 73. Anm. 4.

3) Enneccerus-Lehmann § 228 Anm. 11. Planck § 823, II 1 f ε. Dernburg: II, 1 § 383, IV 3. Anders und unzutreffend RG in RGZ 57 S. 353 ff, das sagt, der Ausdruck „ein sonstiges Recht" bezöge sich nur auf absolute nicht aber auch auf relative Forderungsrechte. Zur Widerlegung der reichsgerichtlichen Begründung vgl. Fischer: Die Verletzung des Gläubigerrechtes als unerlaubte Handlung S. 71.

4) Meißner: § 823 Anm. 3. Cohn in Gruch. Beitr. 43 S. 388. Cosack-Mitteis: I § 229 II 2 a. Krückmann: S. 362. v. Lißt: Die Deliktsobligationen S. 21. Kuhlenbeck: § 823 Nr. 8 c. Mathias: S. 416. Windscheid-Kipp: 8. Aufl. II S. 331 und 887. Kiß: in Festgabe für Zitelmann S. 16 und 17.

5) S. Cosack-Mitteis a. a. O.

6) Kiß a. a. O. S. 16.

liegt darin, daß beim absoluten Recht sämtliche andere Rechtssubjekte von Einwirkungen, die gegen das subjektive Recht des Inhabers gerichtet sind, ausgeschlossen sie zur Unterlassung von Störungen verpflichtet werden. Während hier also von der Rechtsordnung Rechtsbeziehungen zwischen den Berechtigten und der Allgemeinheit geschaffen sind, finden wir beim relativen Recht nur Rechtsbeziehungen zwischen den Verbundenen. Hier kann der Berechtigte nur von dem mit ihm durch Rechtsverhältnis Verbundenen die Leistung, d. h. ein Tun oder Unterlassen verlangen. Außer dem oder den mehreren Verpflichteten wird niemand von dem relativen Recht berührt. Das absolute Recht wird dadurch verletzt, daß man der auferlegten Pflicht, Einwirkungen zu unterlassen, entgegenhandelt. Dazu ist jedes Rechtssubjekt in der Lage, da jeder verpflichtet ist, störende Einwirkungen zu unterlassen. Beim Vorliegen eines nur eine bestimmte Person oder nur einen bestimmten Personenkreis bindenden Rechtsverhältnisses sind nur diese, also der Schuldner oder die mehreren bestimmten Schuldner in der Lage, der auferlegten Verpflichtung entgegenzuhandeln und dadurch das Recht des Berechtigten zu verletzen. Ein Dritter ist grundsätzlich nicht in der Lage, ein Forderungsrecht, das nur ein Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner schafft, zu verletzen, da kein Rechtsbefehl gegen ihn gerichtet ist, der ihm eine Unterlassung auferlegt.

Die Ansicht von Staub[7]), daß das Charakteristikum der „Absolutheit des Rechts" nicht nur den dinglichen Rechten zukomme, sondern sämtlichen Rechten eigen sei, und daß auch das obligatorische Recht von keinem Dritten gestört werden dürfe, findet im Gesetz keinen Anhalt. Aus dem Gesetz geht gerade das Gegenteil hervor. Grundlegendes über den Begriff des Schuldverhältnisses sagt das Gesetz im § 241 BGB. Danach ist der Gläubiger auf Grund eines Schuldverhälnisses nur berechtigt, vom Schuldner eine Leistung zu fordern. Das Gesetz spricht hier nur vom Schuldner und vom Gläubiger. Selbstverständlich hätte der Gesetzgeber dem Schuldverhältnis ganz allgemein eine weitere auch gegen nicht am Schuldverhältnis beteiligte Dritte gerichtete Wirkung geben können, indem er über die rechtliche Bindung des Schuldners hinaus an die Allgemeinheit das Gebot richtete, sich jeder Einwirkung auf das Schuldverhältnis zu enthalten, also nicht nur nicht das Schuldverhältnis selbst

---

7) Arch. f. bürgerl. Recht V. S. 15 ff. Ebenso Neuner: Wesen und Arten der Privat-Rechtsverhältnisse 1866 S 151 ff. Zur Widerlegung der Begründung der Staub'schen These vgl. Hein: Verleitung zum Vertragsbruch S. 64.

zu zerstören, sondern auch es zu unterlassen, die Erfüllung der geschuldeten Leistung unmöglich zu machen[8]).

Es ist in der Rechtswissenschaft auch mehrfach versucht worden, dem Schuldverhältnis, wenn auch nicht ein gegen alle Personen gerichtetes Ausschließungsrecht innewohnen zu lassen, so doch ein Ausschließungsrecht als akzessorisches Recht zur Seite zu stellen[9]). Von dieser Seite wird behauptet, daß dem Innengehalt des Forderungsrechtes, das nur den Schuldner allein verpflichtet, ein Außengehalt entspreche, der an die Allgemeinheit das Gebot richte, den Bestand des Schuldverhältnisses nicht zu stören. Von demselben Gedanken geht Leonhord aus[10]), der ein Eigentum an Forderungsrechten annimmt, und daraus die Ausschließungsbefugnis herleitet.

Dazu kann nur gesagt werden, daß dem Forderungsrecht eine solche Außenwirkung nicht beigelegt werden darf. Das Gesetz bietet auch nicht den geringsten Anhaltspunkt für die Aufstellung einer solchen Theorie. Zudem bedarf es einer solchen gar nicht. Die Lehrmeinung ist besonders zu dem Zwecke aufgestellt worden, um die Fälle zu erfassen, in denen die Verletzung eines fremden Forderungsrechtes durch einen Dritten begrifflich möglich ist. Wir hatten zwar oben gesagt[11]), daß es grundsätzlich unmöglich sei, ein fremdes Forde-erungsrecht zu verletzen. Jedoch sind einige Fälle denkbar, in denen durch einen Dritten ein Forderungsrecht verletzt werden kann, d. h. durch die Handlung des Dritten wird das Schuldverhältnis zum Erlöschen gebracht. Es handelt sich da um die Fälle der §§ 407, 808 und 2367 BGB.

In diesen drei Fällen ist die Verletzung eines fremden Forderungsrechtes begrifflich möglich[12]), ohne daß es dazu der von Oertmann und jener soeben erwähnten Theorie der Außenwirkung des Forderungsrechts bedarf. Keinesfalls aber ist es angängig, von einer Verletzung des Forderungsrechtes zu sprechen, wenn auf den Gegen-

8) Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897 S. 10.

9) Eltzbacher: Das rechtswirksame Verhalten. 1903 S. 286 ff. Goldmann in Gruch. Beitr 54 S. 56 ff. Oertmann: Vorbem. § 241 Nr. 3, in Ihering Jahrb. 66 S. 157 ff., in Arch. Ziv. Prax. 123 S. 143 ff.

10) Leonhard: Allgem. Schuldrecht S. 60 ff., Besonderes Schuldrecht S. 563, 564.

11) S. 73 ff.

12) Planck: § 823, 1 f. Groh S. 123. Enneccerus I.2. 23.-27. Aufl. § 451. I 1 daß. Die herrschende Lehre u. Rechtsprechung leugnet auch hier die begriffliche Möglichkeit einer Forderungsverletzung. So: Dernburg: § 383, II 2. Staudinger: § 823 II A 2 e ḍ. v. Tuhr: Allgem. Teil I S. 209. RG. in RGZ. 57 S. 354; 59 S.237. OLG Celle in Seuff. Arch. 56 S. 264.

stand des Schuldverhältnisses eingewirkt wird, oder wenn dem Schuldner die Leistung des in Frage stehenden Gegenstandes unmöglich gemacht wird; denn dann bleibt das Forderungsrecht als solches bestehen.

Hätte das Gesetz ganz allgemein mit der Verletzung eines sonstigen Rechts auch die Verletzung eines fremden Forderungsrechts erfassen wollen, so hätte es der Bestimmungen der §§ 844 Abs. 2 und 845 BGB überhaupt nicht bedurft, und ebensowenig wären die Bestimmungen des § 281 BGB und des § 125 Gewerbeordnung notwendig gewesen[13]).

Endlich erhebt sich gegen die oben erwähnte Ansicht[14]) noch folgendes Bedenken: Wollte man eine Verletzung des Forderungsrechtes unter § 823 Abs. 1 BGB fallen lassen, so würde man damit nicht nur das preuß. jus ad rem wieder zur Geltung bringen, sondern darüber hinaus würde man einen Klaganspruch schaffen, der eine viel weitere Grundlage und Wirkung hätte, als es das jus ad rem des ALR jemals gehabt hat. Denn dann wäre dem Forderungsberechtigten gegen einen dritten nicht am Schuldverhältnis beteiligten Verletzter der Forderung schon ein Anspruch auf Schadensersatz gegeben, wenn dieser fahrlässig das Forderungsrecht des Berechtigten verletzt hätte. Das würde eine ungeheure Erschwerung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs bedeuten. Man würde zu dem Ergebnis gelangen müssen, jedem bei Vertragsschlüssen und den daraus folgenden Erfüllungshandlungen eine Erkundigungspflicht aufzuerlegen. Auf unseren Fall übertragen, träfe jeden Käufer vor Uebereignung der Kaufsache an ihn die Verpflichtung, sich danach zu erkundigen, ob nicht von Seiten einer anderen Person bereits ein Anspruch auf Lieferung der betreffenden Kaufsache besteht. Rechtspolitisch kann also eine derartige Auslegung des Begriffs der Verletzung eines sonstigen Rechts alles andere als erwünscht erscheinen.

3. Im schweizerischen und österreichischen Recht.

Wie oben schon angedeutet, haben das schweizerische und österreichische Recht einen allgemeinen Deliktsbegriff aufgestellt[15]). So begeht im schweizerischen Recht derjenige eine unerlaubte Handlung, „der einem anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit". Inhaltlich nichts anderes bestimmt das österreichische Zivilrecht im § 1295 Abs. 1 aBGB: „Jedermann ist

13) Oertmann § 823, 3 α, β. Enneccerus-Lehmann § 228 Anm. 13.
14) S. o. S. 73 Anm. 4.
15) S. o. S. 72.

berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern.“ Zur Ergänzung der hier aufgeführten Begriffe dienen die §§ 1293 und 1294 aBGB. Schaden ist nach § 1293 aBGB „jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ Für das Verschulden führt das aBGB in § 1294 zwei Grade auf, nämlich böse Absicht und Fahrlässigkeit. Schließlich muß auch im österreichischen Recht die schadenbringende Handlung widerrechtlich sein. § 1294 S. 1 aBGB bestimmt ausdrücklich: „Der Schaden entspringt . . aus einer widerrechtlichen Handlung eines andern . . “ Jede widerrechtliche schuldhafte Schadenszufügung begründet also in beiden Rechtssystemen eine Schadensersatzpflicht des Schädigers.

Wie im deutschen Recht, so ist auch in der schweizerischen und österreichischen Rechtswissenschaft behauptet worden, daß der zweite Käufer, der in Kenntnis von dem älteren schuldrechtlichen Anspruch des ersten Käufers sich die diesem bereits verkaufte Sache noch einmal verkaufen und übereignen lasse, eine unerlaubte Handlung begehe, da er das obligatorische Recht des ersten Käufers auf Eigentumsverschaffung verletze.

Die schweizerische Rechtslehre nimmt jedoch ebenso wie die herrschende deutsche Rechtslehre und Rechtsprechung an, daß der zweite Käufer das schuldrechtliche Band zwischen Verkäufer und erstem Käufer nicht verletze, da eben im allgemeinen das obligatorische Recht nur durch einen Schuldner der Obligation nicht aber durch einen dritten nicht Vertragsbeteiligten verletzt werden könne[16]). Dagegen hat Gelpke[17]) geltend gemacht, daß zwar durch eine solche Handlung des dritten nicht Vertragsbeteiligten das relative Forderungsrecht des Gläubigers nicht verletzt werde, daß aber neben dem Forderungsrecht ein rechtlich zu schützendes Interesse des Gläubigers einherlaufe. Dieses Interesse des Gläubigers werde durch die Handlung des Dritten verletzt. Diese Verletzung verpflichte den Schädiger gemäß Art. 41 Abs. 1 OR zum Schadensersatz. Gelpke ist mit dieser Theorie nicht durchgedrungen. Die Annahme eines zum Forderungsrecht hinzutretenden besonderen schutzwürdigen Interesses entbehrt jedenfalls auch eines Anhaltspunktes im Gesetz. Ueberdies werden die von Gelpke gefundenen Resultate auch auf andere Weise, bei der man den Vor-

16) Becker Art. 41 Nr. 26. Oser Art. 41 Nr. 15 und 17. v. Tuhr: Schweizerisches Obligationenrecht I S. 327.

17) Die Verletzung eines vertraglichen Rechts durch einen Nichtvertragsbeteiligten S. 26 ff.

zug einer gesetzlichen Grundlage hat, in gleichem Umfange erzielt [18]).

In der österreichischen Rechtslehre hält Klang [19]) die Handlung des zweiten Käufers für ein Delikt, das nach § 1295 Abs. 1 aBGB zum Schadensersatz verpflichte. Eine Schuldverletzung stelle sich nicht nur inter partes als eine unerlaubte Handlung dar, sondern jede Schuldverletzung, möge sie auch von einem Dritten ausgehen, sei eine rechtswidrige Handlung, die eine Schadensersatzpflicht begründe [20]). Klang gelangt auf Grund dieser Theorie zu dem Ergebnis, daß dem ersten Käufer gegen den zweiten Käufer ein Schadensersatzanspruch zusteht, wenn dieser schon in Kenntnis von dem ersten Kaufvertrage die dem ersten Käufer veräußerte Sache erwirbt. Darüber hinausgehend bedarf es nach Klang nicht noch einer besonderen arglistigen Handlungsweise des zweiten Käufers. Begrifflich ist diese Lehrmeinung nicht haltbar. Zur Annahme einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 1295 Abs. 1 aBGB bedarf es neben der mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit bewirkten Schädigung noch der Rechtswidrigkeit dieser Handlung. Rechtswidrig aber ist, wie oben schon gesagt, eine Handlung, wenn sie eine Rechtsnorm oder ein durch das objektive Recht geschütztes subjektives Recht verletzt [21]). Hier nun verletzt der zweite Käufer gar nicht ein subjektives Recht des ersten Käufers. Dessen obligatorischer Anspruch gegen den Verkäufer bleibt unberührt von der Handlung des zweiten Käfers bestehen [22]).

II. Verletzt der zweite Käufer ein Persönlichkeitsrecht des ersten Käufers?

Das deutsche BGB hat einigen Persönlichkeitsgütern, wie Leben, Gesundheit, Körper und Freiheit einen Rechtsschutz verliehen, im übrigen gen aber, wie unten noch zu zeigen sein wird [23]), die Persönlichkeitsgüter nicht zu geschützten Persönlichkeitsrechten ausgestaltet. Dagegen haben der Code civil und das österreichische aBGB [24]), vor allen Dingen aber das moderne schweizerische Zivilrecht den Persönlich-

18) Oser Art. 41 Nr. 18. v. Tuhr: Schweizerisches Obligationenrecht I S. 326 327

19) Klang § 1295 I 2 Ebenso Randa und Zoll, zit. bei Ehrenzweig § 294 Anm. 15.

20) S. o. S. 71.

21) S. o. S. 71.

22) Ehrenzweig § 294 III 5.

23) S. u. § 6 II gegen Ende.

24) C. c art. 1382, der auch den Schutz der Persönlichkeitsrechte enthält. Colin et Gapitant I S. ff. 382. Egger Art. 28 Nr. 2. aBGB §§ 16/17. S. u. § 6 II.

keitsgütern einen ausgedehnten Rechtsschutz zukommen lassen. Den Schutz dieser Rechte hat man in Art. 28 Abs. 1 ZGB und Art. 49 OR sanktioniert. Wer ein solches allgemeines Persönlichkeisrecht eines anderen unbefugt verletzt, handelt widerrechtlich und kann als Täter einer unerlaubten Handlung in Anspruch genommen werden.

Eine Aufzählung einzelner persönlicher Güter gibt Art. 28 Abs. 1 ZGB nicht. Eine solche ist auch gar nicht denkbar. Eine allgemeine Definition, die sämtliche persönliche Güter umfaßt, kann nicht aufgestellt werden. Geschützte Güter ergeben sich nicht nur aus gesetzlichen Schutzbestimmungen, wie z. B. aus den Art. Art. 93, 151 und 318 ZGB., sondern auch aus Gewohnheitsrecht und dem vom Richter gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB gebildeten Recht[25]) Als Persönlichkeitsrechte wären hervorzuheben: Leben, Körper, Gesundheit, Ehre und Freiheit der Betätigung. Aber alle diese genannten Güter sind nur Ausfluß der gesamten Persönlichkeit. Die Persönlichkeit ist nicht gespalten in einzelne Güter wie Leben, Freiheit usw., sondern ist ein geschlossenes Ganzes. Aeußerungen und Erscheinungen dieses Ganzen sind eben die vielen als persönliche Güter angesehenen Begriffe wie Ehre usw. Wie Egger sehr treffend sagt[26]), „gibt es nur ein Persönlichkeitsrecht". Man hat sich die Erkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur dadurch erleichtert, daß man einzelne Güter eliminierte und sie begrifflich umriß.

Inwiefern nun kann in der Handlung des zweiten Käufers eine Verletzung des Persönlichkeitsrechtes des ersten Käufers erblickt werden? Zwei verschiedene Wege sind zur Lösung dieser Frage in der schweizerischen Rechtsliteratur begangen worden.

Es war oben davon gesprochen, daß auch die Freiheit zu den geschützten Persönlichkeitsgütern gehört. Von dem Persönlichkeitsrecht der Freiheit geht Mercier aus[27]), um zu einer Lösung unseres Problems zu gelangen. Mercier nennt mit Recht die Freiheit ein Persönlichkeitsrecht. Unter Freiheit sei aber nicht nur eine körperliche Bewegungsfreiheit, vielmehr auch eine geistige Bewegungsfreiheit und eine Freiheit der Willensbetätigung grundsätzlich zu verstehen. Unter diese letzte Kategorie falle auch die Freiheit wirtschaftlicher Betätigung. Der aktiven Seite der Freiheit, nämlich der ungehinderten Betätigung, entspräche grundsätzlich eine passive Verpflichtung aller Mitmenschen, in diese Persönlichkeitsspäre nicht störend einzugreifen. Mit andern Worten die Freiheit des rechtsgeschäflichen Wirkens dürfe nicht dadurch gestört werden, daß man in das rechtsgeschäftliche Wir-

25) Egger Art. 28 Nr. 23.
26) Egger Art. 28 Nr. 47.
27) S. 157 ff.

ken eines anderen eingreife. Weitergehend als Egger[28]) nimmt Mercier an, daß die Freiheit der Betätigung nicht nur gestört werde durch die Beeinträchtigung einer selbständigen Willensbildung, sondern daß darüber hinausgehend eine Störung der Freiheit selbständiger Willensbetätigung vorliege, wenn angeknüpfte Rechtsbande gestört würden. Der Freiheit, seine Rechtsbeziehungen nach eigenem Ermessen und Willen zu regeln, entspräche auf der anderen Seite das Gebot an die Mitmenschen, jegliche Einwirkung auf zu bildende und gebildete Rechtsbeziehungen zu unterlassen. In der Verleitung zum Vertragsbruch sieht nun Mercier eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes der Freiheit. Er sagt dann weiter[29]), daß nicht jede Einmischung in die Vertragssphäre eines anderen un acte illicite sei[30]). Vielmehr müssen auch nach Mercier[31]) alle berechtigten Interessen und alle Elemente des einzelnen Falles in Betrachtgezogen werden. Er führt dann verschiedene Fälle an, in denen nach seiner Ansicht noch keine Verletzung der Betätigungsfreiheit des Erstberechtigten zu finden ist. So:

1. wenn ein Dritter in Unkenntnis von einem bestehenden Vertrage mit einem der Vertragsgegner über den gleichen Vertragsgegenstand kontrahiert. Auf unseren Fall übertragen: Der zweite Käufer erwirbt in Unkenntnis von dem zwischen Verkäufer und ersten Käufer bestehenden Kaufvertrage die dem ersten Käufer zu liefernde Sache.
2. Der zweite Käufer erwirbt in Kenntnis von dem bestehenden Kaufvertrage die an den ersten Käufer verkaufte Sache. Jedoch wird ihm die Sache vom Verkäufer angeboten. Ein Eingriff in das Recht der freien Betätigung des ersten Gläubigers wird hier nicht angenommen, da der zweite Gläubiger nur von seinem Recht, mit jedermann in vertragliche Beziehungen zu treten, Gebrauch mache[32]).
3. Ein Kaufmann hat das Recht, einen Angestellten anzustellen, selbst wenn er Kenntnis davon hat, daß der Angestellte eine Konkurrenzverbotsklausel verletzen würde, wenn er in des Kaufmanns Dienste träte.

28) Art. 28 Nr. 28.
29) S. 159.
30) illicite ist das entsprechende Wort für unbefugt. Der französische Text des Art. 28 Abs. 1 ZGB lautet: „Celui qui subit une atteinte illicite dans les interêts personnels . ."
31) S. 160.
32) S. 160.

Dagegen nimmt Mercier in folgenden Fällen einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Freiheit an:

1. Bei Vorliegen des auf Seite 80 unter Ziff. 2 geschilderten Sachverhaltes, wenn der zweite Käufer dem Verkäufer zusagt, die Folgen für die Unausführbarkeit der an den ersten Käufer zu bewirkenden Leistung tragen zu wollen.
2. Unter Annahme des auf Seite 80 bei Ziff. 3 dargestellten Sachverhaltes, wenn der Kaufmann den Schuldner bestimmt, die Dienstleistung nicht auszuführen, oder er ihm tätige Hilfe bei der Nichtausführung leistet.
3. Wenn eine Ehefrau ein Geschäft eröffnet, um dem Ehemann dadurch zu ermöglichen, sein Gewerbe trotz einer Konkurrenzverbotsklausel auszuüben.

Mercier's Theorie ist zunächst einmal nicht frei von Widersprüchen. Mercier zieht einesteils den Schluß, daß im Prinzip jeder das Recht habe, mit jedermann Verträge abzuschließen. Man sei aber gehalten „par son devoir de non-intrusion", nicht in die Rechtssphäre eines anderen einzugreifen. Vertragliche Beziehungen zwischen Dritten müßten beachtet werden, soweit man davon Kenntnis habe. In der praktischen Anwendung dieses Grundsatzes kommt Mercier allerdings zu anderen Ergebnissen. In den auf S. 80 unter Ziff. 2 und 3 genannten Beispielen erblickt Mercier keinen Eingriff des zweiten Gläubigers in die geschützte Persönlichkeitssphäre des ersten Gläubigers, obwohl jener Kenntnis von der vertraglichen Bindung zwischen dem Schuldner und dem ersten Gläubiger hatte. Mercier zieht die Grenzen des Persönlichkeitsrechtes des ersten Gläubigers zu weit. Das Persönlichkeitsrecht des einen hört dort auf, wo das Persönlichkeitsrecht des anderen beginnt. Handelt dieser in Ausübung seines Persönlichkeitsrechtes, so handelt er nicht mehr widerrechtlich. Die Verletzung, die der erste erleidet, ist dann nicht mehr Verletzung seines Persönlichkeitsrechtes, sondern eines ungeschützten Persönlichkeitsgutes [33]). Mercier sagt selbst zutreffend, daß jeder das Recht habe, mit jedermann Verträge abzuschließen. Die Einschränkung, die er diesem Grundsatz anfügt, führt praktisch zur Anerkennung der Priorität der Obligation.

Aber abgesehen von den Widersprüchen und den unannehmbaren Ergebnissen, die Mercier's Theorie aufzuweisen hat, ist auch der von Mercier gewählte Ausgangspunkt verfehlt. Mercier hat den Begriff der Freiheit hier verkannt. Unter Freiheit der Betätigung ist zu verstehen die Freiheit der Willensbildung und die Freiheit der Rechtsausübung. Diese Freiheit der Rechtsausübung wird hier jedoch

33) Egger: Art. 28 Nr. 53 und 54.

überhaupt nicht eingeschränkt. Der erste Käufer kann sein Recht auf Lieferung der Sache nach wie vor ungehindert geltend machen. Wenn die Durchführung seines Rechts unter Umständen ergebnislos verläuft, so kann das keineswegs als eine Beeinträchtigung der Freiheit angesehen werden.

Einen anderen Weg hat Egger[34]) zur Lösung der Frage der Verleitung zum Vertragsbruch eingeschlagen. Egger sieht in der qualifizierten Verleitung zum Vertragsbruch, also in der systematischen oder der mit unlauteren Mitteln bewirkten Verleitung zum Vertragsbruch, eine „Mißachtung der Persönlichkeit." Die Persönlichkeit in ihrer Gesamtheit sei durch Art. 28 ZGB geschützt. Sie habe nicht nur Anspruch auf Existenz, Entfaltung und Freiheit, sondern auch ein Recht auf Achtung und Geltung[35]). Egger beruft sich dabei auf verschiedene Erkenntnisse des Bundesgerichts[36]). In diesen Urteilen wird zwar das Recht der Persönlichkeit auf Achtung und Geltung anerkannt. Zur Stützung der Egger'schen Ansicht können jedoch zwei dieser Urteile[37]) nicht verwertet werden, da sie das Problem der Verleitung zum Vertragsbruch nicht berühren[38]). Die Theorie entbehrt überdies eines festen Umrisses. Schon der Begriff der Achtung vor der Persönlichkeit ist viel zu dehnbar und unbestimmt, als daß man ihn hier praktisch verwerten könnte. Zudem läßt Egger auch die Frage offen, inwiefern denn eigentlich in der Verleitung zum Vertragsbruch eine Mißachtung des Persönlichkeitsrechtes des Geschädigten zu finden sei.

Erheblich unvollkommener als das schweizerische Zivilrecht hat das österreichische Recht den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ausgebildet. So bestimmt § 16 aBGB, daß jeder Mensch „angeborene durch die Vernunft einleuchtende Rechte" hat. § 17 aBGB sagt: „Was den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist, dieses wird solange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht bewiesen wird." Wann jedoch im einzelnen das Vorhandensein eines Personenrechts anzunehmen ist, kann auch hier wiederum nicht mit Bestimmtheit gesagt werden. Das Gesetz wird vielfach schweigen, wenn man nach einem Anhaltspunkt für die Annahme eines Personenrechts sucht. So muß denn mit der Vorschrift des § 7 aBGB, die Anordnungen für die Art der Rechtsfindung gibt, operiert werden. Will man also im einzelnen

34) Art. 28 Nr. 69.
35) Art. 28 Nr. 47.
36) BGE. 21, 1188; 32, 2, 267; 44, 2, 320.
37) BGE. 32, 2, 367. 44, 2, 320.
38) Das Urteil BGE 21, 1188 behandelt einen dem unlauteren Wettbewerbsrecht angehörigen Fall der illoyalen Konkurrenz.

Falle ein Persönlichkeitsrecht annehmen, so muß man beim Schweigen des Gesetzes stets die Frage stellen, ob die Anerkennung des in Frage stehenden Persönlichkeitsrecht dem Willen „des historischen Gesetzgebers“ entspricht[39]). Es kommt also darauf an, eine Gesetzeslücke in dem Sinne des Gesetzgebers auszufüllen, der das lückenhafte Gesetz geschaffen hat. Nicht aber ist auf den Willen der derzeitigen Gesetzgeber Rücksicht zu nehmen.

Meines Wissens ist in der österreichischen Rechtswissenschaft bisher ein Versuch noch nicht unternommen worden, den ersten Käufer vor einer weiteren Veräußerung der an ihn verkauften aber noch nicht übereigneten Sache dadurch zu schützen, daß man in dem Erwerb der Kaufsache die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des ersten Käufers annimmt. Hätten die Gesetzgeber von 1811 dieses gewollt, so hätten sie das jus ad rem in das aBGB aufnehmen können, um so zu einer Sicherung der Rechtsverschaffungsobligation zu kommen. Wie wir bereits sahen, hat der österreichische Gesetzgeber von 1811 das Recht zur Sache nicht recipiert. Hätte er den ersten Käufer gegenüber dem zweiten Käufer schützen wollen, so hätte er dieser Absicht in der Bestimmung des § 430 aBGB sicherlich Ausdruck verliehen. Dort aber wird nur von einem Ersatzanspruch gegen den Veräußerer gesprochen.

Wie oben schon angedeutet, ist dem deutschen Recht der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes fremd. Aus rechtslogischen und rechtspolitischen Gründen haben es Rechtsprechung[40]) und die herrschende Rechtslehre[41]) abgelehnt, dem geltenden Recht den Schutz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu unterschieben[42]). Aus der Fassung des Gesetzes in § 823 Abs. 1 BGB: „Leben, Körper, Gesundheit . . . oder ein sonstiges Recht ergibt sich jedenfalls nichts für die Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes; denn der Gesetzgeber hat die Freiheit usw. gar nicht als subjektive Persönlichkeitsrechte angesehen. Hätte er das getan, so hätte er zweifellos eine andere Fassung gewählt. Das Leben als solches, die Freiheit als solche sind keine Rechte, sie sind nur Zustände. Man kann nicht annehmen, daß der Gesetzgeber eine derartig mangelhafte Ausdrucksweise gewählt

---

39) Klang § 17 B III.

40) RG in RGZ 53 S. 373; 58 S. 28; 69 S. 403; 79 S. 398; 113 S. 114.

41) Enneccerus-Lehmann: § 227, 2. Oertmann: § 823, 1. Planck: § 823, 1 f β. Crome: II, § 325 I. Endemann: I § 200, 2 b Leonhard: Bes. Schuldrecht S. 552 ff. v. Tuhr: Allg. Teil I S 151. Anderer Meinung: Gierke: Deutsch. Privatr. III S. 887/888. Dernburg: II, 2 § 383 IV 2 e. Kohler: Lehrb. des bürg. Rechts II, 1 S. 515. v. Lißt: Die Deliktsobligationen S. 22 ff. Staudinger: § 823, II A 2.

42) v. Tuhr: Allg. Teil I S. 151.

hat, daß er mit dem Ausdruck Leben usw. diese als Rechte bezeichnen will[43]). Die Entstehungsgeschichte, die von Staudinger[44]) zur Begründung herangezogen wird, gibt weder nach der einen noch nach der anderen Richtung einen Anhaltspunkt. Einerseits sagen die Motive in Bd. 2 S. 728 in Hinblick auf Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Ehre, daß es „mit Grund bezweifelt werden kann, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können." Auch die Protokolle der II. Kommission in Bd. 2 S. 573 sprechen im Zusammenhang von Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Ehre von „Rechtsgütern". Dagegen wird an anderer Stelle der Protokolle der II. Kommission[45]) die Freiheit als ein Recht absoluter Natur bezeichnet.

Die Absicht, den Persönlichkeitsgütern einen allgemeinen Schutz zu verleihen, kann dem Gesetzgeber auch schon deshalb nicht inne gewohnt haben, weil anderenfalls die Bestimmungen des § 823 Abs. 2 und der §§ 824, 825 BGB überflüssig gewesen wären. Wenn die Verletzung auch anderer Persönlichkeitsrechte schon unter § 823 Abs. 1 BGB fiele, so bedürfte es nicht noch der Bestimmung des § 823 Abs. 2. Ebenso würden die Delikte der §§ 824 und 825 BGB unter § 823 Abs. 1 BGB fallen.

Schließlich erscheint es auch rechtspolitisch zum mindesten fraglich, ob die Hereinbeziehung zahlloser oder eines allgemeinen Persönlichkeitsrechtes unbedingt einen Gewinn bedeuten würde. Wie das Reichsgericht durchaus zutreffend hervorhebt[46]), ist jene Theorie noch nicht zur Abklärung gelangt. Es fehlt noch an einer für die Verwertung in der Praxis erforderlichen scharfen Umreißung der Persönlichkeitsrechte.

§ 7

Die sittenwidrige Schädigungshandlung des zweiten Käufers.

I. Die Tatbestandsmerkmale der sittenwidrigen unerlaubten Handlung.

Das deutsche Recht stellt im § 826 BGB eine Schadensersatzpflicht für die Fälle auf, in denen vorsätzlich und in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise eine Schädigung verursacht wird. In fast gleicher Art haben das schweizerische und österreichische Recht

43) Enneccerus-Lehmann: § 227, 2 a.
44) § 823, II A 2.
45) Band 2 S. 630.
46) RGZ 53 S. 373.

nach dem Vorbild dieser deutschrechtlichen Bestimmung ihr Deliktsrecht geregelt. Art. 41 Abs. 2 OR und § 1295 Abs. 2 aBGB bestimmen, daß derjenige zum Ersatz verpflichtet ist, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt. Um also den Tatbestand des sittenwidrigen Delikts zu erfüllen, ist ein Dreifaches erforderlich: Die objektive Schadenszufügung, das Verschulden des Schädigers und die Sittenwidrigkeit der Schädigungshandlung.

Im Falle des doppelten Verkaufs besteht die Schädigung nicht darin, daß ein Recht des ersten Käufers verletzt wird[1]), als vielmehr, daß ein schädigender Eingriff auf sein Vermögen verübt wird, indem nämlich die Durchführung des ihm aus dem Kaufvertrage gegen den Verkäufer zustehenden auf Eigentumsverschaffung gerichteten Anspruchs verzögert oder vereitelt wird, und er im letzteren Falle auf einen Schadenserfatzanspruch gegen den Verkäufer beschränkt wird, wobei der Schadensersatzanspruch unter Umständen nicht realisierbar sein kann[2]). Die Schadenszufügung muß im deutschen Recht vorsätzlich erfolgt sein. Dem unerlaubt Handelnden muß das Bewußtsein innewohnen, daß seine Handlung den schädigenden Erfolg herbeiführen werde[3]). Der zweite Käufer verursacht schon dann vorsätzlich einen Schaden, wenn er in Kenntnis von dem bestehenden Anspruch des ersten Käufers gegen den Verkäufer auf Eigentumsverschaffung an der Kaufsache sich diese vom Verkäufer übereignen läßt. Denn dabei ist er sich bewußt, daß diese Handlung, nämlich die Uebereignung der Kaufsache an ihn, den ersten Käufer schädigt. Um das Tatbestandsmerkmal des Vorsatzes zu erfüllen, genügt schon das Vorhandensein eines Eventualvorsatzes. Rechnet nur der Täter mit der Möglichkeit, daß ein Anspruch des ersten Käufers auf Uebereignung der Kaufsache besteht, und handelt er im Bewußtsein, nur möglicherweise ein fremdes Recht zu beeinträchtigen, so ist das schon ausrei-

---

1) s. o. S. 72 ff.

2) Ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen Schädigung wird nicht nur gegeben sein, wenn der Zweiterwerber die Sache auf Grund eines Kaufvertrages erhalten hat. Vielmehr wird Gleiches wie beim doppelten Verkauf zu gelten haben, wenn die den Ersterwerber schädigende Person auf Grund eines sonstigen Veräußerungsvertrages (etwa Tausch oder Schenkung) die zuerst versprochene Sache erlangt oder ein Recht an derselben erwirbt.

3) Enneccerus-Lehmann: § 230 II 2 a. Planck § 826 II 2. Staudinger: § 826, 3 b. RG in RGZ 57 S. 241; 58 S. 216; 58 S. 397; 62 S. 139; 63 S. 148; in Warn. 1911 S. 198 u S. 419; 1917 S. 456.

chend, um Schägigungsvorsatz anzunehmen[4]). Eines Mehr bedarf es zur Annahme der Vorsätzlichkeit nicht. Es ist also nicht erforderlich, daß dem zweiten Käufer über das Bewußtsein einer Schädigung hinaus auch eine Schädigungs a b s i c h t innegewohnt hat. Der Vorsatz darf also im deutschen Recht nicht der Absicht gleichgestellt werden[5]).

Zwar bestimmen Art. 41 Abs. 2 OR und § 1295 Abs. 2 aBGB, daß bei der sittenwidrigen Schädigung der Täter mit Absicht gehandelt haben muß. Ein begrifflicher Unterschied zwischen dem Vorsatz des deutschen Rechts und der Absicht im schweizerischen und österreichischen Deliktsrecht besteht jedoch nicht. Der Täter muß nur die schädigenden Folgen seiner Handlungsweise vorausgesehen haben und im Bewußtsein der schädigenden Wirkung seines Tuns gehandelt haben. Es ist nicht notwendig, daß überwiegend oder ausschließlich zum Zwecke der Schädigung gehandelt wird, oder daß dem Täter ein besonderes Schädigungsmotiv innewohnt[6]). Absicht darf also nicht einer böswilligen Absicht gleichgestellt werden. Das ergibt sich für das schweizerische Recht schon aus dem Sinn des Gesetzes. Keinesfalls hat der Gesetzgeber einerseits nur den mit Schädigungsmotiv Handelnden zur Schadensersatzpflicht heranziehen wollen, wenn er andererseits schon für die fahrlässig herbeigeführte Schädigung eine Ersatzpflicht aufstellt[7]). Für das österreichische Recht folgt dieses aus der Definition, die § 1294 aBGB für den Begriff der „bösen Absicht" aufstellt. Böse Absicht ist dann gegeben, „wenn der Schaden mit Wissen und Willen" des Täters verursacht worden ist.

Ebenso wie im deutschen Recht genügt auch in den beiden anderen Rechten der dolus eventualis[8]).

Scharf davon zu scheiden ist die Frage, ob dem Täter auch der Verstoß gegen die guten Sitten zum Bewußtsein gekommen sein muß. Es handelt sich hierbei nicht um das Bewußtsein der Schädigung, sondern nur darum, ob sich der Täter bewußt war, daß die Schädigung als solche oder die Art und Weise der Schädigung gegen die guten Sitten verstieß. Dafür, daß ein solches subjektives Tatbestands-

---

4) Enneccerus-Lehmann: § 230 II 2 a. Groh S. 129. Leonhard: Besonderes Schuldrecht § 313. Planck: 826, II 2. RG in RGZ 48 S. 124; 51 S. 382; 55 S. 372; 56 S. 277; 58 S. 216; 60 S. 103; 62 S. 139.
5) Enneccerus-Lehmann: § 230 II 2 a. Planck: § 826 II 2. RGRKomm. § 826 Nr. 3. RG in RGZ 58 S. 216; 63 S. 148; 79 S. 60; in Gruch. Beitr. 67 S. 180.
6) Ehrenzweig: § 302 I 1a Anm. 2 und die dort zit. Entscheidungen. Oser: Art. 41 Nr. 56—59.
7) Oser: Art. 41 Nr. 56—59.
8) **Klang: § 1294 I 3 b. Oser: Art. 41 Nr. 62.**

merkmal vom Täter zu verlangen ist, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt. Es würde auch dem Zweck und der Bedeutung des § 826 BGB widersprechen, wenn man das Bewußtsein der Sittenwidrichkeit vom Täter verlangen wollte. Man denke nur einmal an die Bedeutung, die § 826 BGB bei der Entscheidung in wirtschaftlichen Kämpfen zur Erreichung eines gerechten Interessenausgleichs einnimmt. Gerade in Wirtschaftskämpfen glaubt jede Partei im Recht zu sein. Stets nehmen die Gegner an, ihre Rechtsausübung enthielte nichts Sittenwidriges. Würde man verlangen, daß der Schädiger sich auch der Sittenwidrigkeit seines Tuns bewußt sein müsse, so käme man niemals zur Anwendung des § 826 BGB. Damit würde der besondere Zweck des § 826, Rechtshandlungen, die dem Rechts- und Sittlichkeitsgefühl widersprechen, ihre rechtliche Grundlage zu nehmen, verfehlt[9]). Dagegen muß man verlangen, daß dem Täter die Tatsachen zum Bewußtsein gekommen sind, die das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit ausmachen. Wenn man also den Zweck der Handlung als unsittlich ansieht, so muß sich der Handelnde des Zweckes als solchen bewußt gewesen sein. Sieht man in der Art und Weise der Schadenszufügung, etwa in der Auswahl der Mittel, das Moment der Sittenwidrigkeit, so wird man verlangen, daß der Täter sich des Gebrauchs gerade dieser Mittel bewußt war. Erforderlich und ausreichend ist daher „die Kenntnis aller derjenigen Umstände, die das Verhalten zu einem sittenwidrigen machen[10])." Diesen Standpunkt vertreten auch die herrschende deutsche Lehre und die Rechtsprechung[11]).

Ebenso wird im schweizerischen und österreichischen Recht nur verlangt, daß der Täter sich des schädigenden Erfolges nicht aber darüber hinausgehend auch der Sittenwidrigkeit seines Handelns bewußt ist.[12])

Neben der vorsätzlichen Schadenszufügung ist als weiteres objektives Tatbestandsmerkmal erforderlich, daß die Schadenszufügung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgt. Der Ausdruck „gute Sitten" findet sich außer im § 826 noch in den §§ 817 und 138 BGB, im schweizerischen Obligationenrecht in den Art. 41 Abs. 2 und 20, im aBGB in den §§ 1295 Abs. 2 und 879[13]). Was unter einem Verstoß gegen die guten Sitten zu verstehen ist,

9) RG in RGZ 79 S. 23.
10) RG in JW 1927 S. 1104. Rosenthal: Wettbewerbsgesetz 1930 § 1 Nr. 16.
11) Enneccerus-Lehmann: § 230 II 2 Anm. 8. Oertmann: § 826 2 b. Staudinger: § 826, 3 b. RG in RGZ 79 S. 23; 123 S. 278.
12) Oser: Art. 41 Nr. 97.
13) Art. 20 OR und § 879 aBGB bestimmen entsprechend dem § 138 BGB die Nichtigkeit des sittenwidrigen Vertrages.

ist im Gesetz nirgends gesagt. Im deutschen und schweizerischen Recht hat man darunter jedoch nicht einen Verstoß gegen die Sitten als solche zu verstehen. Die Sitte ist etwas Aeußeres und darf nicht mit der Sittlichkeit verwechselt werden. Sittlichkeit oder Moral ist das innere Gesetz, das den Menschen ihr Tun vorschreibt oder verbietet. Sitte dagegen regelt das äußere Verhalten der Menschen im Verkehr untereinander. Wenn nun der Gesetzgeber von Verstößen gegen die guten Sitten spricht, so ist dabei nicht daran gedacht, daß man nicht gegen die üblichen äußeren Regeln verstoßen dürfe; vielmehr wollte der Gesetzgeber nur dem Verstoß gegen die Moral die Rechtsgrundlage entziehen (§ 138 BGB, Art. 20 OR) bezw. bei einer moralwidrigen Schadenszufügung dem Geschädigten einen Anspruch auf Schadensersatz verleihen [14]).

Unter dem Verstoß gegen die guten Sitten versteht die herrschende Rechtslehre in Oesterreich nicht einen Verstoß gegen die Sittlichkeit und Moral und ebensowenig einen Verstoß gegen die Sitten als die äußeren Regeln des Anstandes [15]). Vielmehr nimmt die herrschende Lehre an, daß in den Fällen, in denen das Gesetz von einem Verstoß gegen die guten Sitten spricht, nichts anderes gemeint sei, als daß der Richter gemäß der Vorschrift des § 7 aBGB die Rechtsfindung auszuüben habe. Das Gesetz habe eben nicht alle die Fälle, die das tägliche Leben liefere, im voraus regeln können. In solchen Fällen nun habe der Richter unter Beobachtung dessen, was die sozialen Bedürfnisse erforderten, zu einer Abwägung der sich gegenüber stehenden Interessen zu schreiten und eine Entscheidung zu treffen, wie sie der Gesetzgeber im gleichen Falle getroffen haben würde. Die österreichische Rechtswissenschaft hat damit dem Begriff der guten Sitten eine ähnliche Bedeutung beigelegt, wie es die schweizerische Rechtswissenschaft hinsichtlich des Begriffs von Treu und Glauben getan hat (vgl. Art. 2 ZGB). Wie die schweizerische Rechtswissenschaft sagt, daß die gegen Treu und Glauben verstoßende Rechtsaus-

14) So auch die herrschende Lehre: Enneccerus Nipperdey: § 178 Anm. 3. Oertmann: § 138 B. 1 a γ. v. Tuhr: Allgem Teil II 2 S. 22. Staudinger: 138, 2 a. Windscheid-Kipp: II § 314, 3. Anderer Meinung: Endemann: I § 103, 3. Rudolf Leonhard: Der Allgem. Teil des BGB Berlin 1900 S. 373. Hölder: § 138, 1. Planck: § 138 I 1 a. Planck nähert sich aber der herrschenden Lehre insofern, als für ihn Sitte nur der Ausdruck der Sittlichkeit ist. Er kommt damit indirekt bei einem Verstoß gegen die Sitte auch zu einem Verstoß gegen die Sittlichkeit. Für die Schweiz: BGE 40, 2, 238. Becker: Art, 19 Nr. 15. Oser: Art. 20 Nr. 27. v. Tuhr: Schweiz. Obligationeurecht § 31 V.

15) Ehrenzweig: § 301 III 3. Klang: § 1295 II 1.

übung nicht rechtmäßig sei [16]), so kommt auch die österreichische Rechtslehre zum gleichen Ergebnis und erklärt alles das, was gegen die guten Sitten verstößt, für rechtswidrig [17]).

Mag also der Begriff der guten Sitten im östereichischen Recht gedanklich von dem Begriff der guten Sitten im deutschen und schweizerischen Recht abweichen, so ist diese Differenz im Endergebnis ziemlich belanglos. Denn in allen drei Rechtssystemen dienen die Bestimmungen über Treu und Glauben und über die guten Sitten zu nichts anderem, als unbillige dem wahren Rechtsgefühl widersprechende Ergebnisse, die aus der streng logischen Anwendung des objektiven Rechts entstehen können, zu vermeiden [18]).

Den Begriff der guten Sitten einer eingehenden Betrachtung zu unterziehen, würde hier zu weit führen. Ueberdies haben die zahlreichen wissenschaftlichen Untersuchungen über die Sittenwidrigkeit genaue Kriterien und einen präzisen Maßstab für die Anwendung des Begriffs der guten Sitten nicht gebracht. Im folgenden soll nun untersucht werden, wie sich die Rechtsprechung und die Rechtslehre der drei Rechtssysteme zu dem Problem der Verleitung zum Vertragsbruch und insbesondere des zweifachen Verkaufs gestellt haben und unter welchen Voraussetzungen sie einen Verstoß gegen die guten Sitten erblicken. Aus dem Rechtsprechungsmaterial, das gerade für das deutsche Recht ziemlich reichhaltig ist, lassen sich zwar gewisse Grundsätze für die Anwendung des § 826 BGB bezw. des Art. 41 Abs. 2 OR und des § 1295 Abs. 2 aBGB auf den Fall des doppelten Verkaufs herausbilden. Doch dürfen die so gefundenen Grundsätze nur mit allergrößter Vorsicht bei der Beurteilung des Einzelfalles herangezogen werden. Der konkrete Fall muß stets genau mit allen seinen Einzelheiten betrachtet werden, die in Frage stehenden Interessen müssen gegeneinander abgewogen werden, ehe man zu einer Entscheidung darüber, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, gelangt.

II. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung und die deutsche Rechtslehre zum Problem der Verleitung zum Vertragsbruch.

1. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

A.

a) Der V. Zivilsenat des Reichsgerichts hat am 9. XII. 1905

16) Egger: Art. 2 Nr. 7. BGE. 45, 2, 398; 47, 2, 453. s. u. § 7 III.
17) Ehrenzweig: § 301 III 3. Klang: §§ 879 I D, 1295 II 1.
18) Klang: § 879 I D 3.

folgendes Urteil erlassen: [19]). Die Eheleute P. verkauften durch Ver-
trag vom Juli 1899 ihr Bauerngut an L., die später gütergemein-
schaftliche Ehefrau des Klägers. Der Kläger erhob im April 1900,
nachdem seine Ehefrau L. von ihm fortgegangen war, Klage gegen
die Eheleute P. auf Auflassung des an die L. verkauften Grund-
stücks. Er erhielt ein obsiegendes Urteil. Inzwischen hatten die Ehe-
leute P. dasselbe Grundstück an die Eheleute L. – offenbar die Eltern
der obengenannten L. – verkauft und aufgelassen.

Das Reichsgericht hat hier dem Kläger einen Schadensersatz-
anspruch aus § 826 BGB zugebilligt. Zwar hätten die beklagten
Eheleute L. beim Erwerbe des Grundstücks ihre eigenen auf Siche-
rung eines Altenteis abzielenden Interessen im Auge behalten. Sie
hätten aber vorausgesehen, daß durch ihren Erwerb des Grundstücks
der Kläger um sein Recht gebracht werden würde. Im Bewußt-
sein dieser für den Kläger schädigenden Folge hätten sie die
Auflassung entgegengenommen. Der V. Senat erblickt darin eine
vorsätzliche wider die guten Sitten verstoßende Schadenszufügung.

b) Ein weiteres Erkenntnis des V. Zivilsenats des Reichsge-
richts vom 29. VI. 1925: [20]). Der Reisende St. verkaufte sein Grund-
stück im September 1921 an den Kaufmann Sch., der es seinerseits
durch notariellen Vertag vom Dezember 1921 an den Beklagten weiter
verkaufte. Der Beklagte, dem das Grundstück übergeben wurde, be-
trieb in den Erdgeschoßräumen eine Gastwirtschaft. Eine Auflassung
hatte weder an Sch. noch an den Beklagten stattgefundenen. Durch
notariellen Vertrag vom 21. Januar 1923 verkaufte St. das Grund-
stück noch einmal an den Kläger und lies es diesem auf. In den
Gründen führt der erkennende Senat u. a. aus: „zur Erfüllung des
Erfordernisses einer vorsätzlichen Schadenszufügung genügt es, daß
der Kläger mit der Möglichkeit des Bestehens eines Anspruchs des
Beklagten auf Uebereignung des Grundstücks gerechnet und auch für
diesen Fall den dem Beklagten nachteiligen Erwerb des Grundstücks
gewollt, also mit bedingtem Vorsatze gehandelt hat.“ Ob diese Vor-
aussetzungen hier gegeben waren, ist nach den Feststellungen des Be-
rufungsgerichts noch offen geblieben. Das Reichsgericht sieht jeden-
falls die Voraussetzungen dann als gegeben an, wenn der Beklagte
an dem Tage vor der an den Kläger erfolgten Auflassung dem Kläger
den Sachverhalt genau dargelegt hat und der Kläger daraufhin in
größter Eile das Grundstück an sich gebracht hat, wie der Beklagte
in der Berufungsinstanz vorgebracht hatte. Festzuhalten ist hier,
daß der V. Senat auch hier die Voraussetzungen des § 826 BGB

19) RGZ 62 S. 137 ff.
20) Seuff. Arch. 79 S. 357 ff.

schon dann als gegeben erachtet, wenn der Schädiger im Bewußtsein der Schädigung gehandelt hat.

c) Noch ein Erkenntnis des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 17. II. 1896: [21]). Der Beklagte zu[1]) hatte dem Kläger im notariellen Vertrage sein Grundstück verkauft und sich in diesem Vertrage zugleich verpflichtet, das angrenzende Grundstück, das er, der Beklagte von der Stadtgemeinde K. gekauft aber noch nicht aufgelassen erhalten hatte, nicht zu bebauen, damit es als gemeinschaftliche Auffahrt dienen könne. Diese Verpflichtung sollte als Grunddienstbarkeit eingetragen werden. Die Auflassung des von der Stadtgemeinde K. gekauften Grundstücks ist aber später nicht an den Beklagten zu[1]), sondern an dessen Sohn, den Beklagten zu[2]), erfolgt. Dieser hat dann die freizuhaltende Grundfläche bebaut. In den Urteilsgründen erkennt das Reichsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 826 BGB an. „Der Zweitbeklagte sei sich beim Erwerbe des Grundstücks bewußt gewesen, daß er durch seinen Erwerb das Recht der Klägerin vereitele und dieser Schaden zufüge."

d) Folgende Entscheidung des V. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 21. II. 1925 [22]). Der Beklagte hatte vom Eigentümer ein Grundstück erworben, das bereits vorher an den Kläger verkauft worden war. Der Beklagte hatte das getan, weil er fürchten mußte, daß der Kläger ihm die weitere Benutzung der Räume des Grundstücks, in denen er der Beklagte einen Gastwirtschaftsbetrieb unterhielt, durch Kündigung des Mietverhältnisses unmöglich machen werde. Tatsächlich erfolgte auch später eine Kündigung. In den Gründen führt der V. Senat aus: „Nach der Rechtsprechung des Senats verstößt der Erwerb eines Grundstücks in Kenntnis des persönlichen Anspruchs des Dritten auf die Uebertragung des Eigentums am Grundstücke nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten."

In den drei erst angeführten Entscheidungen hält es der V. Senat zur Annahme eine wider die guten Sitten verstoßenden Schädigung für ausreichend, wenn dem Schädiger zum Bewußtsein gelangt ist, daß ein Anspruch eines Dritten auf die gleiche Leistung bereits bestand. Der V. Senat kommt in Wahrheit damit zu dem Ergebnis, daß eine vorsätzliche Schädigung eines Dritten als solche schon sittenwidrig ist. Zu einem anderen Resultat gelangt der V. Senat in dem Urteil vom 21. II. 1925. Hier sagt er, daß der Erwerb des Kaufgegenstandes durch einen zweiten Käufer nicht schon deshalb sittenwidrig sei, weil er in Kenntnis des persönlichen Anspruchs des ersten

21) Gruch. Beitr. Bd. 50 S. 971 ff.
22) JW 1925 S. 1752.

Käufers erfolgt sei. Auch hier liegt eine bewußte Schädigung vor. Der Vorsatz ist gegeben. Aber der V. Senat sagt, daß damit allein noch „nicht ohne weiteres“ ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben sei.

Die Rechtsprechung des V. Senats ist also nicht einheitlich. Weniger deutlich, aber der Rechtsprechung des V. Senats nahestehend, ist die Haltung des II. Zivilsenats, wie im folgenden Erkenntnis und weiter unten in einer in anderem Zusammenhange noch zu zeigenden Entscheidung zu erkennen ist.

e) Die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 9. XI. 1917 [23]) kommt hier zunächst in Betracht: Zwar handelt es sich hier nicht um einen Fall des doppelten Verkaufs als vielmehr um die Vereitelung eines Forderungsrechtes. Immerhin fällt ja auch, wie wir oben bereits sahen [24]), der doppelte Verkauf unter den größeren Gesichtspunkt der Vereitelung fremder Forderungsrechte. Tatbestand der hier darzustellenden Entscheidung ist folgender: Die Gemeinde Frechen hatte mit E. G. im März 1892 einen Elektrizitäts-Lieferungs-Vertrag geschlossen, dessen Rechte auf die Klägerin übergegangen waren. Die Klägerin hatte aus diesem Vertrage die alleinige Berechtigung erhalten „zur Verlegung von Leitungen im Gebiete von Frechen über und unter der Erde zur Lichterzeugung oder Kraftabgabe.“ Durch Vertrag der Gemeinde Frechen mit der Stadt Köln hatte diese den Betrieb der Kleinbahn Köln-Frechen übertragen erhalten. Die Stadt Köln, die sich zum elektrischen Betriebe der Bahn verpflichtet hatte, hatte diesen im Jahre 1914 eingeführt. Zu Hochspannleitungen und zur Stromabgabe an die Bahn benutzte die Stadt Köln Gemeindewege in Frechen.

In den Gründen lehnt das Reichsgericht den Schadesersatzanspruch aus § 826 BGB ab. Weiter heißt es dann: „Zwar verstößt das bewußte Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder auch obligatorischer Rechte gegen die guten Sitten, und die Stadt Köln würde sittenwidrig gehandelt haben, wenn sie bewußt darauf hingewirkt hätte, daß die Gemeinde Frechen das Forderungsrecht der Klägerin, so wie geschehen, verletzte.“

Der II. Senat sagt also nicht, daß Handeln des Schädigers in Kenntnis von einem bestehenden persönlichen Rechte eines Dritten und daß das Bewußtsein der Schädigung des Dritten dabei schon den Begriff der Sittenwidrigkeit erfüllen, sondern Sittenwidrigkeit soll erst dann gegeben sein, wenn *bewußt auf einen Vertragsbruch hingewirkt* wird.

23) RGZ 91 S. 170 ff.
24) s. o. S. 72 ff., 85 ff. Vgl. Groh S. 124 ff.

f) In einem Falle des doppelten Verkaufs sagt der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 12. IV. 1922:[25]) „So verstößt es auch keineswegs stets gegen die guten Sitten, wenn jemand durch Rechtsgeschäft Eigentum erwirbt, obwohl ihm das ältere Recht auf Eigentumsübertragung eines anderen bekannt gewesen ist."

g) Zu einer ähnlichen Stellungnahme gelangt der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts in seinem Erkenntnis vom 30. X. 1913[26]) bei der Behandlung der Rechtsfrage, ob derjenige gegen die guten Sitten verstößt, welcher sich von seinem Schuldner ein Zurückbehaltungsrecht an Wertpapieren einräumen läßt, obgleich er weiß, daß einem Dritten ein schuldrechtlicher Anspruch auf deren Besitzübertragung zusteht. Der erkennende Senat lehnt hier einen Verstoß gegen die guten Sitten ab. In den Gründen wird u. a. ausgeführt: „Es mag sein, daß sich ein besonders feinfühlender Mensch ohne Zustimmung des Ehemanns auf ein Geschäft, wodurch ihm wertvolle, von der Frau gekaufte Sachen zur Sicherheit übergeben wurden, nicht eingelassen haben würde. Es kann nicht anerkannt werden, daß sich Schi., indem er anders handelte und die bloß persönlichen Rechte des Klägers unbeachtet ließ, einer Handlungsweise schuldig gemacht habe, die schon nach der durchschnittlichen Auffassung sittlich gebildeter und anständig denkender Menschen gemißbilligt werden müßte."

Der VI. und VII. Senat sagen ganz unzweideutig, daß derjenige, der in Kenntnis von dem bestehenden älteren Rechte eines Dritten, diesem Rechte entgegenhandelnd, mit dem Verpflichteten eine gleiche Verbindlichkeit eingeht, noch nicht deshalb gegen die guten Sitten verstößt, weil er in Kenntnis von dem älteren persönlichen Rechte und damit im Bewußtsein, dieses ältere persönliche Recht eines Dritten zu beeinträchtigen, mithin mit Schädigungsvorsatz handelt.

B.

a) Der II. Zivilsenat hat in einem gleichfalls auf dem Gebiete der Erfüllungsverteilung liegenden Fall[27]), in dem es sich um den Bruch einer Konkurrenzklausel handelte, am 10. XII. 1912 folgende Entscheidung gefällt[28]): B. war als Handlungsgehilfe bei der Klägerin tätig gewesen. Er hatte sich gegenüber der Klägerin ver-

25) JW 1922 S. 1390.
26) RGZ 83 S. 237.
27) s. Groh S. 124, 127.
28) RGZ 81 S. 86 ff.

pflichtet, bei Zahlung einer hohen Vertragsstrafe 3 Jahre nach Aufhören der Gehaltsverbindlichkeit seitens der klagenden Firma keine gleiche oder ähnliche Stellung als Handlungsgehilfe oder in einem ähnlichen Dienstverhältnis in einem dem Geschäftsbetriebe der Klägerin gleichgearteten Betriebe anzunehmen. B. ist dennoch bei der Beklagten in Stellung getreten. Die Beklagte war vorher an B. herangetreten, um ihn für sich zu gewinnen. Auf Verlangen des B. hatte sich die Beklagte bereit erklärt, die Zahlung der Vertragsstrafe an die Klägerin zu übernehmen. Das Reichsgericht sieht darin, daß die Beklagte die Uebernahme der Vertragsstrafe zugesagt hat, ein bewußtes Daraufhinwirken, zur Vertragsuntreue. Wörtlich heißt es in dem Urteil: „Der Senat nimmt an, daß im Geschäftsverkehr das bewußte Hinwirken eines Dritten darauf, daß jemand vertragsbrüchig wird, in der Regel ein sittenwidriges ist, und daß nur im einzelnen Falle die begleitenden Umstände die Sittenwidrigkeit auszuschließen vermögen."

b) Diese grundsätzliche Einstellung des II. Senats finden wir von dem VI. Senat, der schon oben eine andere Auffassung als der V. Senat zu Tage treten ließ, in der Entscheidung vom 30. IV. 1913 angegriffen[29]). Nach dem Tatbestand hatte der B. ein zwischen ihm und der Klägerin getroffenes Abkommen dadurch verletzt, daß er in den Dienst der dem Beklagten gehörigen Brauerei eingetreten ist. B. hatte dem Beklagten zugesagt, daß er ihm von seiner Kundschaft den Mindestumsatz von 3000 hl. jährlich überweise. Das war fast der ganze Umsatz, den die Klägerin sich durch jenes Abkommen mit B. gesichert zu haben glaubte. B. ist auch erst zu dem Beklagten übergetreten, nachdem dieser ihm die Uebernahme der an die Klägerin zu zahlenden Vertragsstrafe zugesichert hatte. In den Gründen wendet sich der VI. Senat zunächst mit aller Schärfe gegen die Rechtsauffassung des II. Senats in der eben wiedergegebenen Entscheidung vom 10. XII 1912. So heißt es denn u. a. wörtlich: „Wie in der Rechtsprechung des erkennenden Senats stets grundsätzlich festgehalten worden ist, ist im Eingehen des den Konkurrenten schädigenden Vertrages mit dessen vertragsbrüchigen Vertragsgegner auch bei Kenntnis von dessen Vertragsbruch regelmäßig nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden. Vielmehr ist ein solcher nur unter besonderen Umständen anzunehmen, so namentlich, wenn unlautere Mittel dazu angewendet worden sind. Nicht minder können der

29) Warn. 1913 S. 387 ff.

Zweck, zu dem der Vertragsbruch bewirkt wird, die für den Geschädigten damit verbundenen Folgen oder sonstige begleitende Umstände das Verhalten desjenigen, der sich mit dem Vertragsbrüchigen eingelassen hat, als Verstoß gegen die guten Sitten erscheinen lassen. Dabei reicht es regelmäßig aus, wenn der Schädiger auch die nur bereits vorhandene Neigung des anderen zum Vertragsbruch sich zu Nutzen gemacht hat." Ob in der Uebernahme der Vertragsstrafe seitens des Beklagten ein Sittenverstoß zu finden ist, läßt das Erkenntnis unentschieden.

c) Diese grundsätzliche Auffassung bestätigt der VI. Zivilsenat noch in einer Reihe von anderen Entscheidungen. In dem Urteil vom 12. IV. 1911 [30]) findet sich folgender Sachverhalt: „Der Kläger hatte im Jahre 1907 mit sämtlichen Fischern des Dorfes Ch. einen Vertrag geschlossen, wonach ihm die Fischer ihren ganzen Flunderfang des Jahres 1908 zu liefern hatten. Des ungeachtet haben einige Fischer im April 1908 mit dem Beklagten einen Lieferungsvertrag gleichen Inhalts geschlossen." Die Fischer wurden dazu bestimmt, einmal auf Grund der Zusicherung eines höheren Preises durch den Beklagten, dann aber dadurch, daß Pl., der Gehilfe des Beklagten, „im Bewußtsein tatsächlicher Unrichtigkeit seiner Angaben" und in voller Kenntnis von der vertraglichen Bindung der Fischer gegenüber dem Kläger, den Fischern gesagt hatte, daß der zwischen ihnen und dem Kläger geschlossene Vertrag „für die Fischer unverbindlich sei, weil er nicht gestempelt sei." Da aber dieses Verhalten des Beklagten nicht kausal war für den Vertragsbruch der Fischer, diese vielmehr auch ohne Zutun des Beklagten den Lieferungsvertrag gegenüber dem Kläger nicht eingehalten hätten, verneint das Revisionsgericht eine sittenwidrige Schadenszufügung durch den Beklagten. Aber dennoch sagt der VI. Senat nach Hervorhebung seiner grundsätzlichen Einstellung zum § 826 BGB: „unbedenklich wäre ein solches Verhalten dann insbesondere als sittenwidrig anzusehen, wenn feststünde, daß der Beklagte die bei den Fischern zutage getretene Neigung zum Vertragsbruch durch die bewußt unwahre Vorspiegelung wirksam unterstützt und gefördert hat, ein gültiger Vertrag bestehe wegen Mangels eines Stempels überhaupt nicht. Wer sich mit Lüge befaßt, handelt gegen die guten Sitten, und ein damit unternommener Angriff auf die geschäftliche Position des Konkurrenten verstößt gegen die Anforderungen anständiger und gerechter Gesinnung."

d) In folgendem durch Urteil vom 23. I. 1922 entschiedenen Fall äußert sich der VI. Zivilsenat abermals zur Frage der sitten-

30) Gruch. Beitr. 55 S. 985.

widrigen Schädigung[31]). Hier hatte die Ehefrau Sch. eine Herren-, Speise- und Schlafzimmereinrichtung für 20.000 M an den Kläger verkauft und eine Anzahlung von 500 M empfangen. Als der Kläger Tags darauf den Rest des Kaufpreises bezahlen und die Sachen übernehmen wollte, erklärte Frau Sch., daß sie den Vertrag rückgängig mache, da die Möbel Eigentum des Beklagten, ihres Vaters, seien. In den Gründen findet sich wiederum die grundsätzliche Auffassung des VI. Zivilsenats ausgesprochen. „Nicht jede Verleitung eines anderen zum Bruche des mit einem Dritten geschlossenen Vertrages stellt schon eine Sittenwidrigkeit im Sinne von § 826 dar. Es müssen besonders verwerfliche Handlungen dargetan werden, die die Verleitung zum Vertragsbruch als unsittliche Schadenszufügung erscheinen lassen." Wenn der Beklagte der Frau Sch. eingegeben hätte, dem Kläger der Wahrheit zuwider anzugeben, die Möbel gehörten dem Beklagten und nicht ihr, so stellte sich das als ein unlauteres Mittel dar. Gegen das Vorliegen einer sittenwidrigen Schädigung kommt nach Ansicht des Reichsgerichts hier in Betracht, daß der Beklagte schon vor dem Verkauf an den Kläger mit der Sch. über den Möbelkauf gesprochen hat.

e) In einer sehr neuen Entscheidung vom 27. 8. 1931 erklärt der VI. Senat[32]) die Handlungsweise desjenigen, der den Verkäufer durch das Anerbieten eines höheren Kaufpreises und eines günstigeren Pachtzinses zum Bruche der dem Verkäufer gegenüber dem ersten Käufer obliegenden Uebereignungspflicht veranlaßt, für sittlich verwerflich.

Die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 10. XII. 1912[33]) wurde angeführt, um den Gegensatz zwischen der Auffassung des II. und des VI. Senats klarzulegen. Der VI. Senat verlangt neben dem Bewußtsein der Schädigung, also neben dem Schädigungsvorsatz stets besondere Handlungsmerkmale, die einen Verstoß gegen die guten Sitten enthalten. Diese besonderen Merkmale werden entweder in der Art und Weise der Handlung oder in dem Zweck der Handlung gefunden. Von diesem Standpunkt aus ist der Angriff des VI. Senats im Urteil vom 30. IV. 1913[34])gegen die Auffassung des II. Senats in der Entscheidung vom 10. XII. 1912 begründet. Dem bewußten Hinwirken zum Vertragsbruch braucht nicht in jedem Falle ein sittlich verwerfliches Merkmal anzuhaften. Das bewußte Hinwirken zum Vertragsbruch kann von zwei ver-

31) RGZ 103 S. 419.
32) JW 1931 S. 2238.
33) s. o. S. 93.
34) s. o. S. 94.

schiedenen Gesichtspunkten aus geschehen. Es kann sowohl darin ein Hinwirken in Schädigungsabsicht und zum Zwecke der Schädigung des Erstberechtigten liegen. Es braucht das aber nicht notwendig der Fall zu sein. Vielmehr ist ein bewußtes Hinwirken zum Vertragsbruch auch dann gegeben, wenn der Verleitende, hier der zweite Käufer, wohl im Bewußtsein der Schädigung der Rechte des ersten Käufers, nicht aber zum Zwecke und in der Absicht, die Rechte des ersten Käufers zu beeinträchtigen, handelt, vielmehr seine Handlung die Verfolgung eigener Interessen im Auge hat. Aus der Einstellung des II. Senats ist also nicht ersichtlich, ob das Handeln des zweiten Käufers im bloßen Bewußtsein der Schädigung bereits sittenwidrig ist, oder ob dazu die Schädigungsabsicht vorgelegen haben muß.

C.

Einheitlich ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wenn der Verpflichtete und der Schädiger bewußt oder planmäßig zur Schädigung der Rechte des Erstberechtigten zusammengewirkt haben.

a) Folgendes Urteil des V. Senats vom 20. XII. 1913[35]). Die Beklagte Witwe D. und deren verstorbener Ehemann waren Eigentümer des Grundstücks N. zu gleichen Anteilen. Nach dem Tode des Ehemannes D. schlossen die Beklagte und deren vier Kinder einen gerichtlichen Auseinandersetzungsvertrag ab. Danach sollte die Beklagte das Grundstück im Falle eines Verkaufs nur an eines der vier Kinder verkaufen. Die Beklagte verheiratete sich alsbald wieder. Aus dieser zweiten Ehe gingen die Mitbeklagten August und Christian D. hervor. Die Beklagte war im Grundbuch als alleinige Eigentümerin eingetragen. Zu Gunsten der vier Kinder aus der ersten Ehe der Beklagten stand eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch. Von den vier Kindern starben zwei Söhne, es verblieben noch Anna D., die Klägerin, und die verehelichte Marianne H. An diese, die schwer krank war, verkaufte die Beklagte D. das Grundstück N. und ließ es dieser auf. Die Marianne H. ihrerseits verkaufte und ließ das Grundstück dem Mitbeklagten D. auf. In Uebereinstimmung mit dem Urteil des Berufungsgerichts nimmt das Reichsgericht hier „komplottmäßiges" Zusammenwirken der Beklagten „zur Vereitelung der Ansprüche der Klägerin" an. Der Tatbestand des § 826 BGB sei damit erfüllt.

Noch folgendes Erkenntnis des V. Zivilsenats vom 1. VII. 1916[36]) zur Frage der Erfüllungsvereitelung. Hier war der Be-

35) Gruch. Beitr. 58 S. 988 ff.
36) JW 1916 S. 1332 Nr. 2.

klagte Eigentümer eines Grundstücks, auf dem Quellen entspringen. Zu Gunsten der Firma W. & Co. war im Grundbuch ein Vorkaufsrecht auf das in Frage stehende Grundstück eingetragen worden. Die Klägerin beabsichtigte, auf dem Grundstück des Beklagten eine Trinkwasserleitung anzulegen und wollte daher das Anwesen erwerben. Sie schloß mit dem Beklagten einen Tauschvertrag ab, in dem sie eine spätere „Barzugabe von 20 200 M“ versprach. Auch hier nimmt das Reichsgericht im Einklang mit dem Urteil des Oberlandesgerichts an, daß die Parteien „offensichtlich den Zweck verfolgten, das Vorkaufsrecht der Firma W. & Co. zu umgehen, und diese somit zu schädigen.“ Ein solches „bewußtes Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder Rechte“ sieht der V. Senat als sittenwidrig an.

Dem gleichen Grundsatz huldigen auch der II. und der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts.

b) So hebt der II. Senat in der Entscheidung vom 9. XI 1917 [37]) hervor, daß das bewußte Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder Rechte gegen die guten Sitten verstößt.

c) Im Urteil vom 12. IV. 1922 [38]) erklärt der VI. Zivilsenat, daß „absichtlich planmäßiges Zusammenwirken zwecks Schädigung“ eines Dritten gegen die guten Sitten verstößt. Ebenso hebt der VI. Senat in seinem Erkenntnis vom 21. II. 1925 [39]) hervor, daß „in dem planmäßigen Züsammenwirken zwischen dem Verkäufer und Erwerber des Grundstücks zur Vereitelung der älteren Rechte des ersten Käufers regelmäßig eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlungsweise im Sinne des § 826 BGB zu finden“ sei.

Wenngleich der II., der V. und der VI. Senat zur Frage, wann ein Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen sei, in mancher Hinsicht eine verschiedene Stellung einnehmen, so mußten sie doch von ihren Standpunkten aus im Falle des bewußten Zusammenwirkens von Verkäufer und zweiten Käufer zur Schädigung des ersten Käufers zu gleichen Resultaten gelangen. Der V. Senat nahm in der Mehrzahl seiner Entscheidungen eine sittenwidrige Schädigung des ersten Käufers schon dann an, wenn der zweite Käufer in Kenntnis vom Kaufanspruch des ersten Käufers die an diesen verkaufte aber vom Verkäufer noch nicht übergebene Sache sich übereignen ließ. Handeln im Bewußtsein der Schädigung älterer Rechte genügte zur Annahme der Sittenwidrigkeit. Diese Voraussetzung ist bei der kom-

---

37) RGZ 91 S. 178.
38) JW 1922 S. 1370.
39) JW 1925 S. 1752.

plottmäßigen Schädigung vollauf erfüllt. Wenn der II. Senat das bewußte Hinwirken zum Vertragsbruch bereits ausreichend sein läßt, um einen Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen, so muß er natürlich in einer gemeinsamen Handlung des Verleitenden und des zum Vertragsbruch Verleiteten zur Schädigung des Berechtigten erst recht eine sittenwidrige Handlung erblicken. Der VI. Senat kommt zu diesem Ergebnis, weil bei der komplottmäßigen Schädigung die Mittel, mit denen die Schädigung verübt ist, sittenwidrig und verwerflich sein können, außerdem aber stets bei einem der Schädiger eine Schädigungsabsicht vorliegt, mithin zum Zwecke der Schädigung gehandelt wird. Dieses verstößt nach Ansicht des VI. Senats gegen die guten Sitten.

2. Die Verleitung zum Vertragsbruch in der Rechtslehre.

Seitens der Rechtswissenschaft ist zu unserem speziellen Problem kaum eingehend Stellung genommen worden. Wenn schon an die Frage herangetreten wurde, so geschah das gewöhnlich unter dem weiteren Gesichtspunkt der Verleitung zum Vertragsbruch. Daß es sich in unserem Falle auch um einen solchen handelt, ist bereits mehrfach angedeutet worden.

Sehr eingehend behandelt Hein in seiner gleichnamigen Schrift die Verleitung zum Vertragsbruch. Auch Hein gelangt zu einer Haftung des zum Vertragsbruch Verleitenden gegenüber demjenigen, der durch den Vertragsbruch des Verleiteten geschädigt ist; und zwar gelangt Hein gleichfalls auf Grund des § 826 BGB zu diesem Ergebnis. Da Hein jedoch ein Anhänger der Stammler'schen Lehre vom richtigen Rechte ist,[40]) so hat auch er sich bei der Auffindung des Begriffs der Sittenwidrigkeit die Stammler'sche Methode zu eigen gemacht. Man hat nach Hein den Anstifter und den Geschädigten in jene „gedankliche Sondergemeinschaft“ des sozialen Idealzustandes zu setzen und dann zu prüfen, ob die Handlungsweise des Anstifters in jener idealen Sondergemeinschaft zulässig wäre. Je nach Beantwortung dieser Frage wird man auch die Frage nach dem Verstoß gegen die guten Sitten zu beantworten haben. Hein kommt dabei zwar grundsätzlich zu billigenswerten Ergebnissen.[41]) Der Anstifter verstößt nach ihm gegen die Normen des richtigen Rechts, wenn er das vertraglich begründete „Anwartschaftsrecht des Berechtigten auf Zufallen des Vertragsgegenstandes“ rücksichtslos vernichtet. Nach Hein ist der Anstifter zum Vertragsbruch grundsätzlich dem Geschä-

40) Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht. 1902.
41) Hein S. 132.

digten zum Schadensersatz verpflichtet, sofern nur eine „rücksichtslose“ Vernichtung der dem Dritten zustehenden Erwerbsaussicht vorgelegen hat. Das Ergebnis der Hein'schen Untersuchung ist also durchaus annehmbar. Die Lehre vom richtigen Recht hat in der Praxis jedoch keinen Boden gewonnen. Daher haben auch die Ausführungen von Hein für die Praxis keine Bedeutung erlangen können.

Keinen besonderen Beitrag zum Problem der Verleitung zum Vertragsbruch und damit zu unserer Frage bietet Kiß.[42]) Nach ihm erscheint die Sittenwidrigkeit in den Fällen der Verleitung zum Vertragsbruch so ausnahmsweise vorzukommen, daß sie bei der Beurteilung des ganzen Problems keine entscheidende Rolle spielen kann.

In einem Aufsatz „zur Auslegung und Anwendung des § 826 BGB“[43]) fordert Planck, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege, darauf ankomme, daß man den wirtschaftlichen und sozialen Hintergrund erkenne, aus dem die einzelnen Handlungen vorgenommen seien. Die Motive, aus welchen die Schädigung hervorgegangen sei, und der Zweck, zu welchem sie vorgenommen sei, müßten ermittelt werden. In Anknüpfung an die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 62 S. 137[44]) kommt Planck zu folgenden Schlußforderungen:

1. Die vorsätzliche Schadenszufügung als solche allein genügt nicht, um einen Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen, mag selbst die Willensrichtung bei der Handlung direkt auf die Schadenszufügung gegangen sein.

2. Erfährt der zweite Käufer erst bei der Erfüllungshandlung, daß ein Anspruch des ersten Käufers gegen den Verkäufer auf Lieferung der gleichen Sache bestand, so ist seine Handlung schon deswegen nicht sittenwidrig, weil er als Käufer zur Abnahme der Kaufsache verpflichtet war. (§ 433 BGB).

3. Die Ansicht des Reichsgerichts in der eben zitierten Entscheidung mißbilligt Planck. Das Reichsgericht hat hier die Sittenwidrigkeit, wie oben ausgeführt wurde, darin gesehen, daß der Beklagte „im Bewußtsein“ der den Kläger schädigenden Folge seines Tuns gehandelt hat. Hiergegen äußert Planck Bedenken. Zur Stützung seiner Bedenken bringt er folgenden Fall vor:

Der Verkäufer hat sich vor Eingehung der Verpflichtung gegenüber dem ersten Käufer bereits an den zweiten Käufer moralisch zu

42) DJZ. 1908 Sp. 684.
43) DJZ. 1907 Sp. 7 ff.
44) S. o. S. 88.

Uebereignung der Kaufsache gebunden. Um dieser moralischen Verpflichtung gerecht zu werden, überträgt der Verkäufer dem zweiten Käufer die an den ersten Käufer bereits verkaufte aber noch nicht übergebene Sache, wobei der Verkäufer allerdings den ersten Käufer in Geld zu entschädigen beabsichtigt. Den Grundsatz des Reichsgerichts, daß das Bewußtsein der schädigenden Folge bereits gegen die guten Sitten verstoße, erschüttert Planck damit.

Einen sehr beachtlichen Beitrag zu unserem Problem hat Groh in der Studie „Sittenwidrige Erfüllungsvereitelung" geliefert. Ihm kommt das Verdienst zu, die mit der Erfüllungsvereitelung zusammenhängenden Fragen in weitem Maße geklärt und die einschlägige Rechtsprechung des Reichsgerichts unter verschiedene Gesichtspunkte g eingeordnet zu haben.

3. Zusammenfassung.

Wir haben ein recht eingehendes Bild von der Rechtsprechung zu unserem Problem gegeben, wir haben auch die Versuche der Rechtswissenschaft zur Beantwortung unserer Frage gezeigt. Eine einheitliche genaue Lösung hat man bisher nicht finden können. Das liegt an dem Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten. Es handelt sich hier um einen zu flüssigen Begriff, als daß man zu einer allgemeinen erschöpfenden Lösung der Frage gelangen könnte. Wie in den Vorarbeiten zum BGB einmal sehr richtig gesagt wurde, ist hier eine quecksilbrige Bestimmung im Gesetz aufgenommen, die die Einordnung in bestimmte Begriffe und eine allgemeine Lösung nicht zuläßt. Vielmehr wird man jeden Einzelfall einer genauen Untersuchung zu unterziehen haben und jedes Mal prüfen müssen, ob das Sittlichkeitsgefühl aller gerecht und billig Denkenden durch die Handlung des zweiten Käufers verletzt wird.

Bei der Darlegung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Problem des zweimaligen Verkaufs zeigte sich eine Verschiedenheit der Rechtsauffassung der erkennenden Senate einmal schon wegen der Differenzierung der Einzelfälle. Aber auch bezüglich der Grundsätze über die Anwendung des § 826 BGB gingen der VI. und VII. Senat einerseits, der II. Senat andererseits und der V. Senat schließlich jeweils verschiedene Wege.

Der V. Senat erklärte in drei Entscheidungen die Handlung des zweiten Käufers schon dann für sittenwidrig, wenn er im Bewußtsein der Schädigung des ersten Käufers sich die Sache vom Verkäufer übereignen läßt. Es war oben ausgeführt worden, daß der Vorsatz der Schädigung bereits gegeben ist, wenn der Handelnde das

Bewußtsein der Schädigung hat und in diesem Bewußtsein die Handlung vornimmt. Schädigungsvorsatz liegt also schon immer dann vor, wenn der zweite Käufer in Kenntnis von dem Anspruch des ersten Käufers gegen den Verkäufer auf Uebereignung der Sache sich diese übereignen läßt. Das Gesetz erfordert zur Begründung des Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB, daß jemand einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt. Der V. Senat nimmt in der Entscheidung vom 9. 12. 1905[45]) den Standpunkt ein, daß die vorsätzliche Schadenszufügung als solche bereits sittenwidrig ist. Das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit wäre danach schon dann gegeben, wenn das andere objektive Tatbestandserfordernis der vorsätzlichen Schädigung vorliegt. Eine derartige Anwendung und Auslegung des § 826 BGB führt zu einer Anerkennung des jus ad rem, das der Gesetzgeber nicht ins BGB hat aufnehmen wollen.

Der II. Senat nahm einen Verstoß gegen die guten Sitten dann als gegeben an, wenn von dem zweiten Käufer bewußt darauf hingewirkt wurde, daß der Verkäufer den Kaufvertrag mit dem ersten Käufer brach. Diese grundsätzliche Formulierung umfaßt Fälle, die innerhalb sehr weiter Grenzen liegen. Es fehlt hier an der erforderlichen Präzisierung. Es bleibt hier unbeantwortet, ob das Bewußtsein des zum Vertragsbruch Verleitenden eine Absicht der Schädigung des ersten Käufers enthalten muß, oder ob auch dann schon ein bewußtes sittenwidriges Hinwirken zum Vertragsbruch angenommen werden darf, wenn der zweite Käufer zwar in Kenntnis der Vertragspflichten des Käufers gegenüber dem ersten Käufer aber in ausschließlichem oder überwiegendem eigenem Interesse handelt. Es bleibt bei diesem vom II. Senat aufgestellten Grundsatz fernerhin offen, ob das Hinwirken zum Vertragsbruch an sich schon sittenwidrig ist, oder, ob um eine Sittenwidrigkeit anzunehmen, der zum Vertragsbruch Verleitende dabei noch unlautere Mittel angewendet haben muß. Zur Herausarbeitung leitender Richtlinien zur Lösung des Problems erscheint daher diese sehr weitgehende Formulierung des II. Senats nicht geeignet.

Allein verwertbar ist die stets konsequent durchgeführte Auffassung des VI. und VII. Senats vom Begriff der sittenwidrigen Schadenszufügung. Eine solche ist dann gegeben, wenn entweder die Schädigung mit unlauteren Mitteln durchgeführt wird, oder der Zweck der Schädigung als gegen die guten Sitten verstoßend erscheint. Wann im Einzelfall anzunehmen ist, ob Zweck oder Mittel der schädigen-

45) RGZ 62 S. 137 ff.

den Handlung sittenwidrig sind, kann allgemein gültig nicht gesagt werden. In Betracht zu ziehen sind die Motive und das Verhalten der Beteiligten. Desgleichen aber sind auch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse der an der Handlung beteiligten Personen einer eingehenden Prüfung zu unterwerfen[46]). Dennoch lassen sich an Hand der reichsgerichtlichen Rechtsprechung einige allgemeine Grundsätze zur Klärung unseres Problems herausschälen. Aber auch bei Anwendung dieser Grundsätze müssen stets sämtliche Umstände der konkreten Sachlage genau in Betracht gezogen werden. Stets ist zu prüfen, ob nicht der einzelne Fall mit seinem besonders gelagerten Tatumständen die Anwendung der allgemeinen Grundsätze ausschließt.

1. Weiß der zweite Käufer bei der Uebereignung der Kaufsache durch den Verkäufer nicht, daß die Sache bereits an den ersten Käufer verkauft war, so kommt eine Anwendung des § 826 BGB schon deswegen nicht in Betracht, weil der Vorsatz der Schadenszufügung fehlt.

2. Weiß der zweite Käufer beim Abschluß des auf Uebereignung der bereits dem ersten Käufer verkauften aber noch nicht übereigneten Sache gerichteten Vertrages nichts davon, daß der Verkäufer gegenüber dem ersten Käufer verpflichtet war, sondern erfährt er erst bei der Uebereignung davon, so verstößt die Entgegennahme der Sache nicht gegen die guten Sitten; denn der zweite Käufer ist nach dem mit dem Verkäufer geschlossenen Kaufvertrage zur Abnahme der verkauften Sache auf Grund von § 433 BGB verpflichtet.[47])

3. Hat der zweite Käufer beim Abschluß des Kaufvertrages mit dem Verkäufer Kenntnis davon, daß die Sache dem ersten Käufer bereits verkauft war, daß dieser also einen älteren schuldrechtlichen Anspruch auf Uebereignung gegen den Verkäufer hatte, so macht die bloße Kenntnis die schädigende Handlung des zweiten Käufers noch nicht zu einer sittenwidrigen. Doch ist dabei Voraussetzung, daß der zweite Käufer in überwiegend eigenem Interesse die Sache erwirbt.

4. Geht der zweite Käufer bei dem Erwerbe der Sache darauf aus, durch die Uebereignung der Sache den ersten Käufer zu schädigen, so ist damit der gewöhnliche Schädigungsdolus überschritten. Dem zweiten Käufer wohnt dann nicht nur das Bewußtsein der Schädigung inne, vielmehr ist der Zweck seiner Handlung, die Absicht bei seinem Tun darauf gerichtet, dem ersten Käufer einen Schaden zuzufügen, indem er vereitelt, daß der erste Käufer die Sache, auf deren Uebereignung dieser einen Anspruch hatte, erhält. Eine solche

46) Planck: in DJZ. 1907 Sp. 7 ff. RG in Warn. 1913 Nr. 322.
47) Planck: in DJZ 1907 Sp. 7.

Handlung muß grundsätzlich als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden[48]). Wird die Uebereignung vom zweiten Käufer entgegengenommen teils in Schädigungsabsicht, teils zur Befriedigung eigener Interessen, so ist abzuwägen, welches Motiv überwiegend ist, und ob das Uebergewicht der Schädigungsabsicht ausreichend erscheint, um einen Verstoß gegen die guten Sitten anzunehmen.

5. Wird die Verleitung des Verkäufers zum Vertragsbruch mit unlauteren Mitteln bewirkt, so verstößt das gegen die guten Sitten. Eine besondere Schädigungsabsicht braucht der zweite Käufer dabei garnicht gehabt zu haben. Es genügt schon, wenn der zweite Käufer im Bewußtsein der Schädigung des ersten Käufers handelt. Wie oben auf S. 95 ff. dargelegt wurde, nimmt das Reichsgericht an, daß bewußt unwahre Vorspiegelungen oder wahrheitswidrige Angaben beim Vertragsbruch als unlautere Mittel anzusehen sind. In dem Falle, daß der zweite Käufer besonders intensiv zum Vertragsbruch des Verkäufers hinarbeitet, indem er diesem entweder einen höheren als den zwischen dem Verkäufer und ersten Käufer vereinbarten Kaufpreis bietet, ist neuerdings auch vom VI. Senat in der Entscheidung vom 27. 4. 1931[49]) eine sittlich verwerfliche Handlung angenommen worden. Noch nicht entschieden ist vom Reichsgericht die Frage, ob es als ein unlauteres Mittel anzusehen ist, wenn der zweite Käufer sich gegenüber dem Verkäufer verpflichtet, dessen Schadensersatzleistung an den ersten Käufer wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages zu übernehmen. Doch wird man eine solche Verpflichtung des zweiten Käufers genau wie das Bieten eines höheren Kaufpreises als unlauteres, sittlich verwerfliches Mittel ansehen müssen. Der II. und V. Senat werden auf Grund der von ihnen aufgestellten Prinzipien zweifellos zu einem gleichen Resultat gelangen. Der II. Senat von dem Standpunkt ausgehend, daß das bewußte Hinwirken zum Vertragsbruch sittenwidrig sei. Die Uebernahme der Schadensersatzverpflichtung genau wie das Anerbieten eines höheren Kaufpreises ist nichts anderes als bewußtes Hinwirken zum Vertragsbruch. Der V. Senat wird eben dorthin gelangen, wenn er schon bei Bewußtsein der Schädigung eine wider die guten Sitten verstoßende Handlung des zweiten Käufers erblickt.

6. Endlich ist im planmäßigen Zusammenwirken zwischen Verkäufer und dem zweiten Käufer zur Schädigung und Vereitelung der Rechte des ersten Käufers eine unsittliche Schadenszufügung zu finden.

---

48) oben S. 94 ff. RG VI. Ziv. Sen. im Urt. v. 30. 4. 1913. RGRKomm. § 826 Nr. 2. Rosental: § 1 Nr. 17 b und S. 11.

49) JW 1931 S. 2238.

III. Die schweizerische Rechtsprechung und die österreichische Rechtslehre zum Problem der Verleitung zum Vertragsbruch.

Für das schweizerische und österreichische Recht liefern die Rechtsprechung und Rechtslehre nur ein sehr dürftiges Material zur Frage der Verleitung zum Vertragsbruch. In zwei Urteilen jüngeren Datums hat das Bundesgericht entschieden,[50]) daß in der Verleitung zum Vertragsbruch ohne weiteres nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten gefunden werden könne. Um einen solchen zu rechtfertigen, bedürfe es immer noch des Nachweises, daß der Zweck des Handelnden oder die Mittel, mit denen die Verleitung zum Vertragsbruch durchgeführt sei, gegen die guten Sitten verstoße. So erachtet das Bundesgericht Handeln aus bloßer Rachsucht für sittenwidrig[51]) und in der Verübung arglistiger Täuschung erblickt es die Anwendung eines sittenwidrigen Mittels[52]) [53]).

Im österreichischen Recht handelt der zweite Käufer, der in Kenntnis von dem Kaufvertrage zwischen dem Verkäufer und ersten Käufer die diesem verkaufte aber noch nicht übereignete Sache sich noch einmal verkaufen und übereignen läßt, ebenfalls noch nicht sittenwidrig. Die ganze Struktur des österreichischen Rechts läßt es zu, daß man grundsätzlich eine Sache erwirbt, auf deren Lieferung ein schuldrechtlicher Anspruch eines anderen schon besteht[54]). Diesem Erwerbe wird erst dann das Merkmal der Sittenwidrigkeit im Sinne des Gesetzes anhaften, wenn der Erwerb nicht in erster Linie der

50) BGE 52, 2, 375; 53, 2, 332,
51) BGE 52, 2, 375.
52) BGE 53, 2, 332.
53) In der Entscheidung 53, 2, 333 hat das Bundesgericht den zweiten Käufer zum Schadensersatz verurteilt. Die Schadensersatzpflicht wird mit dem Verstoß gegen Treu und Glauben, der eine Handlung widerrechtlich und unerlaubt im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR macht begründet. (S. o. S. 89). Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt eine Treu und Glauben widersprechende Rechtsausübung erst dann vor wenn der Zweck oder die Mittel der Rechtsausübung im Widerspruch zu den Grundsätzen von Treu und Glauben stehen. Dieser rechtliche Weg, der übrigens m. W. nur in diesem einen Falle von der schweizerischen Rechtsprechung eingeschlagen ist, führt zu den gleichen Ergebnissen wie der über Art. 41 Abs. 2 OR. Ferner müssen, um eine Schadensersatzpflicht des zweiten Erwerbers zu begründen, die gleichen tatsächlichen Voraussetzungen wie beim Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen.
54) Vgl. §§ 430 u. 440 aBGB. s. o S. 12.

Befriedigung eines eigenen Interesses gedient hat, als vielmehr zu dem Zwecke geschehen ist, den Erstberechtigten zu schädigen. Ist also der zweite Käufer planmäßig darauf ausgegangen, den ersten Käufer zu schädigen, so handelt er gegen die guten Sitten, und ist zum Schadensersatz verpflichtet[55]. Desgleichen kann sich der zweite Käufer ersatzpflichtig machen, wenn er mit dem Verkäufer zusammenwirkt, um den ersten Käufer um die Rechte aus dem Kaufvertrage zu bringen. Gleichgültig bleibt dabei, ob der treibende Teil bei dieser Schädigungshandlung der Verkäufer oder der zweite Käufer war.

Ob man auch die Schädigung, die durch Anwendung unlauterer Mittel hervorgerufen ist, als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen hat, bleibt im österreichischen Schrifttum unbeantwortet. Eine Sittenwidrigkeit wird dann gegeben sein, wenn der Verkäufer vom zweiten Käufer durch Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Vertragsbruch verleitet ist. So z. B., wenn der zweite Käufer dem Verkäufer vorgetäuscht hat, daß eine Verpflichtung gegen den ersten Käufer nicht bestünde. Derartige Manipulationen können vor einer Rechtsordnung, die die Herbeiführung gesunder rechtlicher Verhältnisse bezweckt – und das tut das österreichische Recht nach dem oben Gesagten[56] – nicht geduldet werden. Ob das Anerbieten eines höheren Kaufpreises durch den zweiten Käufer, der den Verkäufer zum Vertragsbruch veranlaßt, sittenwidrig ist, kann nicht ohne weiteres gesagt werden. Man wird dabei die widerstreitenden Interessen gegen einander abzuwägen haben. Ueberhaupt spielt dieser Gesichtspunkt bei dem Problem der Sittenwidrigkeit anscheinend eine größere Rolle noch als daß im deutschen und schweizerischen Recht der Fall ist. Erklärlich ist das aus der Grundeinstellung der österreichischen Rechtswissenschaft zum Begriff der guten Sitten. Die guten Sitten bedeuten nicht, wie oben ausgeführt wurde[57], eine Reception der Gesetze der Moral in das objektive Recht; vielmehr gibt diese Bestimmung die Anordnung an den Richter zur eigenen Rechtsfindung, wobei von diesem die entgegenstehenden Belange auf ihre Schwere und Tragweite zu prüfen sind. Aus diesen Erwägungen heraus ist es erklärlich, wenn Ehrenzweig[58] annimmt, daß der zweite Käufer nach § 1295 Abs. 2 aBGB zum Schadensersatz verpflichtet sei, wenn der durch den Erwerb des zweiten Käufers dem ersten Käufer verursachte Schaden „besonders groß“ sei. Hierbei handelt es sich natürlich um einen Erwerb in Kenntnis von dem ersten Kaufvertrage;

55) Ehrenzweig § 391 IV 1.
56) S. o. S. 89.
57) S. o. S. 88.
58) Ehrenzweig § 391 IV 1.

Wir sagten oben schon, daß im österreichischen Recht die Wirksamkeit eines jeden dinglichen Erfüllungsgeschäftes und im schweizerischen Recht die Gültigkeit der dinglichen Grundstücksübereignung vom Bestande eines gültigen Kausalgeschäftes abhängig ist. Ist die causa nichtig, so ist auch die Uebereignung des Kaufgegenstandes unwirksam[59]). Das schweizerische wie das österreichische Recht kennen die Nichtigkeit von Verträgen beim Vorliegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten. (Art. 20 OR, § 879 aBGB). Nimmt man den Standpunkt ein, daß ein Zusammenwirken zwischen Veräußerer und Zweiterwerber in der Absicht und zum Zwecke der Schädigung des Erstberechtigten überhaupt sittenwidrig ist, – und zu einer solchen Annahme ist man nach der Einstellung des Bundesgerichts und der österreichischen Rechtslehre berechtigt[60]) – so muß man auch einen zu diesem Zwecke geschlossenen Vertrag als sittenwidrig ansehen[61]). Erforderlich dürfte aber sein, daß der unerlaubte Schädigungszweck beiden Vertragsschließenden bekannt gewesen ist[62]).

Hat eine Sittenwidrigkeit des Vertrages zwischen Verkäufer und zweiten Kaufer vorgelegen, so ist das Eigentum an der betreffenden Kaufsache, im schweizerischen Recht lediglich an der betreffenden Liegenschaft, beim Verkäufer geblieben. An diesen kann sich der erste Käufer halten, wenn er die Eigentumsübertragung der verkauften Sache begehrt. Allerdings bleiben ihm daneben die Ansprüche gegen den zweiten Käufer aus dem Gesichtspunkt der sittenwidrigen unerlaubten Handlung erhalten.

Hatten wir soeben dargelegt, auf Grund welcher tatsächlichen Voraussetzungen überhaupt ein Schadensersatzanspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer entstehen kann, so bleibt nun noch zu prüfen, in welcher Art und Weise der Schädiger, hier der zweite Käufer, die Schadensersatzleistung zu bewirken hat.

§ 8

In welcher Art und Weise ist vom zweiten Käufer die Schadensersatzleistung zu bewirken?

Das BGB bestimmt, daß der Schadensersatzpflichtige regelmäßig die Naturalherstellung zu bewirken hat. Im § 249 BGB ist diesem Grundsatze Ausdruck gegeben worden. Dort heißt es: „Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der

59) S. o. S. 16, 17, 28, 32.
60) S. o. S. 105, 106.
61) Klang § 879 I E 1, II N.
62) Klang § 879 I E 1.

bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.“ Ueber Auslegung und Tragweite dieser Bestimmung stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Planck[1]) vertritt den Standpunkt, daß im Falle des zweifachen Verkaufs, in dem der erste Käufer gegen den zweiten Käufer den Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB geltend machen kann, der erste Käufer vom zweiten Käufer nur verlangen darf, daß dieser die Sache an den Verkäufer zurückgibt. Dem Verkäufer liege es dann ob, seine Verpflichtung gegenüber dem ersten Käufer zu erfüllen. Nach Planck ist also genau der Zustand wieder herzustellen, der vor dem schädigenden Ereignis, nämlich der Uebereignung der Kaufsache an den zweiten Käufer, bestanden hat.

Soweit die Kommentatoren und das Reichsgericht zu dieser Frage Stellung genommen haben, vertreten diese fast alle den Standpunkt einer weiteren Auslegung des § 249 BGB[2]). Die Anhänger dieser Auffassung gehen dabei davon aus, daß das Gesetz nur von der Herstellung des Zustandes spricht, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, daß das Gesetz aber nicht sagt, daß der Zustand wieder herzustellen ist, der vor dem schädigenden Ereignis bestanden hat. Es ist also ein solcher Zustand herzustellen, und der Geschädigte in die Lage zu versetzen, in der er sich bei normalem, gewöhnlichem Verlauf der Dinge aller Wahrscheinlichkeit nach befinden würde, wenn der pflichtwidrige Eingriff nicht erfolgt wäre.

Diese Auslegung des § 249 BGB geht allerdings recht weit[3]), ist aber dennoch unter der obigen Formulierung annehmbar. Der Wortlaut des Gesetzes steht einer solchen Auslegung nicht entgegen. Dort wird nur gesagt, daß der Zustand herzustellen ist, der ohne das schädigende Ereignis bestanden haben würde. Es ist immer zunächst von der Fragestellung auszugehen: Wie würde der erste Käufer sich stehen, wenn der Eingriff des zweiten Käufers nicht erfolgt wäre? Normalerweise würde der Verkäufer seiner Verpflichtung, die Sache zu übereignen, nachgekommen sein, und der erste Käufer wäre Eigentümer geworden; dieses jedoch nur dann, wenn eine normale Entwicklung der Verhältnisse vor sich gegangen ist. Diese weite Auslegung des § 249 BGB führt auch nicht zu einer Beeinträchtigung der rechtlichen Stellung des Verkäufers; denn der Anspruch au

1) DJZ 1907 Sp. 7 ff.

2) Oertmann: § 249, 2 a. Groh S. 138,139, RGRKomm. § 249 Nr. Warneyer § 249 I. Enneccerus-Lehmann: § 14, 1. RG in RGZ 9 S. 104; 95 S. 163; 76 S. 147; im Recht 1911 Nr. 2307; in Gruch Beitr. 50 S. 973; in Seuff. Arch. 79 S. 357 ff.

3) Endemann: in JW 1926 S. 985.

Zahlung des Kaufpreises bleibt dem Verkäufer grundsätzlich erhalten.

Zweifellos führt diese Ausdehnung des Herstellungsanspruchs zu den praktisch brauchbarsten Ergebnissen. Einmal kommt der erste Käufer am schnellsten auf diese Art und Weise zum Eigentumserwerb an der Sache, wenn die Sache nicht erst dem Verkäufer zurückübereignet und dann von diesem an ihn, den ersten Käufer, übereignet wird. Dann aber entstehen bei einer weiten Auslegung des § 249 BGB geringere Kosten, wenn die Sache vom zweiten Käufer direkt an den ersten Käufer übereignet wird. Man denke da z. B. nur an die Kosten, die durch eine doppelte Auflassung über den Verkäufer an den ersten Käufer gegenüber der direkten Auflassung von dem zweiten Käufer an den ersten Käufer im Immobiliarverkehr entstehen können.

Folgendes Bedenken ist vom VI. Senat des Reichsgerichts bei dem Problem der Schadensherstellung im Falle des zweifachen Verkaufs vorgebracht worden und hat den VI. Senat in der Entscheidung vom 23. I. 1922 zur Ablehnung der weiteren Auslegung des § 249 BGB veranlaßt[4]): Wenn man dem ersten Käufer gegen den zweiten Käufer gestützt auf die §§ 826 und 249 BGB einen Herausgabeanspruch auf die Kaufsache zubilligen wollte, so würde man damit dem preuß. rechtl. jus ad rem wieder einen Eingang in das BGB verschaffen. Dieses aber widerspreche dem Willen der Gesetzgeber.

Die Auffassung des VI. Zivilsenats geht von falschen Voraussetzungen aus. Richtig ist zwar, daß die Schöpfer des BGB, die Aufnahme des preuß. rechtl. jus ad rem abgelehnt haben. Wie oben schon gesagt ist, ist das geschehen, um eine scharfe systematische Trennung zwischen persönlichen und dinglichen Rechten durchzuführen. Damit hat aber der Gesetzgeber keinesfalls die rechtliche Zulässigkeit solcher Ansprüche in Abrede stellen wollen, die auf Grund der im BGB enthaltenen rechtlichen Bestimmungen geltend gemacht werden, nur weil deren Wirkungen den Wirkungen des landrechtlichen jus ad rem ähneln. Hier handelt es sich um einen Anspruch, der seinem Rechtscharakter nach von dem Anspruch aus dem Recht zur Sache ganz verschieden ist. Zudem sind die Voraussetzungen, auf denen der schuldrechtliche Anspruch aus §§ 249 und 826 BGB in tatsächlicher Hinsicht beruht, ganz andere und viel strengere als die beim jus ad rem. Wie im vorigen Paragraphen gezeigt wurde[5]), genügt eine bloße Kenntnis des zweiten Käufers von dem zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer bestehenden Kaufvertrage noch nicht, um den Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB zu begründen. Nicht einmal die

4) RGZ 103 S. 419.
5) S. o. S. 101 ff.

enge Auslegung des § 249 BGB, nach welcher der erste Käufer vom zweiten Käufer die Rückgabe der Sache an den Verkäufer beanspruchen kann, will der VI. Senat zulassen. Nach Ansicht des VI. Senats ist das nur auf Grund einer Anfechtung des zweiten Kaufvertrages möglich. Auch diese Auffassung erscheint unhaltbar. Denn wenn das Gesetz im § 249 BGB sagt, daß der Schadensersatzpflichtige den Zustand herzustellen habe, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre, so kann von einer nach dem Gesetz zu leistenden Naturalherstellung dann nicht mehr die Rede sein, wenn der erste Käufer vom zweiten Käufer nur Ersatz des ihm entstandenen Vermögensschadens fordern darf. Warum eine Naturalherstellung in dem Falle des zweimaligen Verkaufs nicht verlangt werden kann, läßt der VI. Senat unbeantwortet.

Mit Recht wendet sich daher auch der II. Zivilsenat des Reichsgerichts gegen diese „so enge Fassung des Begriffs der Naturalherstellung[6])." Der II. Senat läßt die Naturalherstellung im weiten Umfange zu. Bei der Schadensherstellung sei nicht schlechthin der frühere Zustand wieder herzustellen, sondern auf die Entwicklung der Dinge müsse man es abstellen, und zwar auf eine Entwicklung, „die ohne das schadenbringende Ereignis nach Erfahrungsgrundsätzen aller Wahrscheinlichkeit nach vor sich gegangen wäre. Beim Fehlen entgegenstehender Momente" dürfe angenommen werden, daß der Verkäufer dem ersten Käufer die Sache übereignet hätte.

Zusammenfassend kann hiernach für das deutsche Recht gesagt werden:

Der erste Käufer hat beim Vorliegen der im vorigen Paragraphen näher dargelegten Voraussetzungen des § 826 BGB gegen den zweiten Käufer einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe der Sache, sofern er nur bei normalen Verlauf der Dinge die Kaufsache auch vom Verkäufer übereignet erhalten hätte.

Das schweizerische Recht hingegen hat für die Art der zu leistenden Entschädigung keine eindeutige gesetzliche Regelung getroffen; vielmehr hat es im Art. 43 Abs. 1 OR dem Richter aufgegeben, die Bestimmung über Größe und Art des Schadensersatzes unter Würdigung der Tatumstände und der Größe des Verschuldens zu treffen. Dem Richter bleibt es überlassen, im Einzelfalle dem Schädiger aufzugeben, Naturalersatz oder Geldersatz zu leisten. Wird dem Schädiger vom Richter die Naturalherstellung auferlegt, so ist genau wie im deutschen Recht der Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht erfolgt wäre[7]). Vom richter-

6) RGZ 108 S. 58 ff.
7) Oser: Art. 43 Nr. 9, 14.

lichen Ermessen also wird es stets abhängen, ob der erste Käufer vom zweiten Käufer den Kaufgegenstand erhalten wird oder ob er sich mit der Zahlung einer Geldsumme begnügen muß.

Das österreichische Recht nimmt in dieser Frage eine Art von Zwischenstellung zwischen den Lösungen des deutschen und des schweizerischen Rechts ein. Grundsätzlich steht es zwar genau wie das deutsche Recht auf dem Standpunkte, daß der Beschädiger Naturalherstellung zu bewirken hat. § 1323 aBGB bestimmt: „Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß alles in den vorigen Stand zurückversetzt werden . . . .". Daß der Gesetzgeber dabei an eine effektive Zurückversetzung in den früheren Stand gedacht hat, wird von der herrschenden österreichischen Rechtslehre nicht angenommen [8]). Vielmehr ist nur der Zustand herzustellen, „der ohne die Schädigung im Zeitpunkt des Ersatzes" bestanden haben würde. Der § 1323 aBGB hat also eine Auslegung erfahren, wie sie § 249 BGB für die Art der Schadensherstellung im deutschen Recht anordnet. Von dem Prinzip der Naturalrestitution macht das österreichische Recht aber insofern eine Ausnahme, als es dem Richter die Befugnis zuspricht, eine andere Art der Schadensersatzleistung anzuordnen, wenn dieses „tunlich" ist. Von der Anordnung des Naturalersatzes wird der Richter Abstand nehmen, wenn sie dem Verpflichteten nicht zugemutet werden kann [9]). Soweit also die Kaufsache, die der zweite Käufer erworben hat, noch vorhanden ist, wird er zur Herausgabe dieser Sache zu verurteilen sein. Desgl. ist der schadensersatzpflichtige zweite Käufer verpflichtet, in den Fällen, in denen er mit dem Ansuchen um die Einverleibung dem ersten Käufer zuvorgekommen ist, die grundbuchmäßigen Erklärungen zu bewilligen, die erforderlich sind, um die Einverleibung des ersten Käufers durchzuführen [10]). Denn nach normalem Verlauf der Dinge, also ohne den schädigenden Eingriff des zweiten Käufers in die Rechtsbeziehungen zwischen Verkäufer und ersten Käufer, hätte der erste Käufer das Eigentum an der verkauften Sache vom Verkäufer erlangt.

§ 9

Zusammenfassung.

Bei der Lösung unserer Frage sind alle drei Rechtssysteme auf fast gleichen Wegen zu gleichen Ergebnissen gelangt. Entscheidend für die Betrachtung unserer Frage war die in allen drei Rechten

8) Ehrenzweig: § 303 I. Klang: § 1323 I 1.
9) Klang: § 1323 I 2.
10) Klang: § 1323 Anm. 8 und 9.

durchgeführte Trennung von obligatorischen und dinglichen Rechten [1]). Der obligatorische Vertrag schafft kein dingliches Recht, sondern nur den Anspruch auf Verschaffung des dinglichen Rechtes, also für den Käufer nur den Anspruch auf Lieferung der Sache. Abgesehen von den Wirkungen der Vormerkung bezw. im österreichischen Recht den Wirkungen der vorläufigen Grundbucheintragungen zur Sicherung des Uebereignungsanspruchs, tritt der erste Käufer nicht in dingliche Beziehungen zum Kaufgegenstand. Der erste Käufer bleibt beim zweimaligen Verkauf der gleichen Sache auf einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den zweiten Käufer beschränkt, der sich nur auf eine unerlaubte Handlung des letztgenannten stützen kann. In tatsächlicher Hinsicht ist eine unerlaubte Handlung des zweiten Käufers nur unter ganz besonderen Voraussetzungen gegeben. Eine unerlaubte Handlung liegt jedenfalls dann noch nicht vor, wenn der zweite Käufer in Kenntnis von der Verpflichtung des Verkäufers gegenüber dem ersten Käufer den Kaufgegenstand erwirbt. Dem Erwerb der Kaufsache durch den zweiten Käufer muß stets das Merkmal der Sittenwidrigkeit anhaften [2]), die sich in der arglistigen schädigenden Absicht oder in dem unlauteren Charakter der zum Erwerbe der Sache angewandten Mittel äußern kann. Erst dann erwächst dem ersten Käufer ein Schadensersatzanspruch, der im deutschen und österreichischen Recht nach den Grundsätzen der Naturalherstellung den zweiten Käufer schuldrechtlich zur Uebergabe des Eigentums an der gekauften Sache gegenüber dem ersten Käufer verpflichtet. Im schweizerischen Recht kann dieser jedoch nicht immer mit Sicherheit auf die Herausgabe des Kaufgegenstandes rechnen, weil das schweizerische Recht die Festsetzung der Art der Schadensersatzleistung dem richterlichen Ermessen überläßt.

---

1) S. o. S. 11 ff.

2) Für unser spezielles Problem kommt es entscheidend auf das Merkmal der Sittenwidrigkeit an, während im allgemeinen im schweizerischen Recht dem Verstoß gegen die guten Sitten nicht die Bedeutung zukommt, wie im deutschen und österreichischen Recht, da das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 28 ZGB dem Rechtssubjekt einen beträchtlichen Schutz zu gewähren vermag, den auch das österreichische Recht mit dem geschützten Persönlichkeitsrecht der §§ 16 und 17 aBGB nicht annähernd erreicht. Vgl. o. S. 75 ff.

III. Teil

Die Behandlung der Frage im französischen Recht.

§ 10

Vorbemerkung.

Einen ganz anderen Weg als die bisher behandelten drei Rechtssysteme schlägt bei der Lösung unseres Problems das französische Recht ein. Im § 2 der Einleitung war bereits angedeutet, daß die Gesetzgeber des Code civil vom Jahre 1804 sich von den Einflüssen der Romanisten bei der rechtlichen Gestaltung der Rechtsverschaffungsobligation freigemacht haben [1]. Wie die Gesetzgeber dazu gekommen sind, und welche Veränderungen sie an der herkömmlichen Struktur der Verschaffungsobligation im einzelnen vornahmen, wird in den folgenden Abschnitten eingehend darzulegen sein. Der Weg, auf dem das französische Recht zur Lösung dieser Rechtsfrage gelangt, ist demgemäß ein gänzlich anderer als der, den die drei oben behandelten Rechtssysteme gegangen sind, die gerade in unserem Falle der Beeinflussung romanistischer Tendenzen unterlegen waren. Aber auch innerhalb des Bereichs des französischen Rechts zeigen sich bei der rechtlichen Behandlung des Mobiliar- und des Immobiliarerwerbs erhebliche Verschiedenheiten. Bei der Behandlung unserer Frage muß daher im französischen Recht das Problem des zweimaligen Verkaufs der beweglichen Sache von dem des zweimaligen Verkaufs der gleichen unbeweglichen Sache in der Darstellung getrennt werden.

Es sei noch hervorgehoben, daß der Code civil nach dem preußischen ALR die erste große Zivilrechtskodifikation der neuen Zeit ist. Der systematische Aufbau wie auch die Fassung der einzelnen Gesetzesnormen zeigen daher bei weitem nicht die Klarheit und Ordnung, die das deutsche BGB, das schweizerische ZGB und das schweizerische OR auszeichnen. Diesen drei Gesetzbüchern kam allerdings die Erfahrung eines ganzen Jahrhunderts zugute, eines Jahrhunderts, das auf dem Gebiete der wissenschaftlichen Zivilrechtsforschung sehr Großes geleistet hat. Alle die wissenschaftlichen Erkenntnisse und Klärungen, die im Laufe des 19. Jahrhunderts gewonnen wurden, haben die deutschen und schweizerischen Gesetzgeber um die Jahrhundertwende sich in hohem Maße zu Nutze machen können. Doch darf daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß der Code

1) S. o. S. 4.

civil wegen seines Alters nicht mehr den Anforderungen entspräche, die der gesteigerte wirtschaftliche Verkehr an ein Zivilgesetzbuch heute stellt. Gerade bei der Behandlung der uns vorliegenden Frage wird man erkennen können, daß das französische Recht bezüglich des zweimaligen Verkaufs der gleichen beweglichen Sache zu einem Ergebnis gelangt, das gegenüber den Ergebnissen, die wir in den oben behandelten Rechtssystemen fanden, das weitaus befriedigendere ist. Befriedigend deshalb, weil das französische Recht eine ebenso eindeutige und präzise wie dem Rechtsempfinden durchaus gerecht werdende Lösung gibt.

A. Der Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer beim zweimaligen Verkauf der gleichen beweglichen Sache.

§ 11

Inhalt und Wirkung des Kaufvertrages hinsichtlich der Eigentumsverschaffung im Allgemeinen.

art. 1582 C. c. definiert den Kaufvertrag in folgender Weise: „La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer." Anders also als das deutsche, schweizerische und österreichische Recht [1]) schweigt hier das französische Gesetz darüber, ob dem Verkäufer auch die Verpflichtung obliegt, dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu verschaffen. Aus der Definition des art. 1582 C. c., „le vendeur s'oblige à livrer la chose," die nichts anderes besagt, als daß der Verkäufer dem Käufer den Besitz an der Sache zu verschaffen hat, hat Toullier geschlossen [2]), daß der Verkäufer, ebenso wie im römischen und älterem französischen Recht, gegenüber dem Käufer nur zu einem habere licere der Kaufsache verpflichtet sei. Diese Auffassung entspricht jedoch nicht dem wirklichen Inhalt und Willen des Gesetzes. Genau wie die drei oben behandelten Rechtssysteme legt auch der Code civil dem Verkäufer die Eigentumsverschaffungspflicht auf. Schon die Vorarbeiten zum Code civil geben einen Anhaltspunkt dafür, daß die Gesetzgeber die Eigentumsverschaffung als ein dem Kaufvertrage grundsätzlich innewohnendes wesentliches Element angesehen haben. So sagte der Tribun Grenier bei seinem Bericht über die Gesetzgebungs-

1) S. o. S. 15.
2) Toullier XIV Nr. 214 ff. zitiert bei Baudry-Lacantinerie et Saignat, de la vente et de l'échange Nr. 8 Note 2.

arbeit im Tribunat: „Son unique but (de la vente) doit être la transmission de la propriété.“ [3]) Der modernen Rechtsauffassung entspricht es auch, daß der Verkäufer dem Käufer die rechtliche Vollgewalt, das Eigentum an der verkauften Sache verschafft [4]).

Daß die Gesetzgeber die Eigentumsverschaffung als wesentlichen Inhalt des Kaufvertrages anerkannt haben, geht auch direkt aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Art. 1583 C. c. bestimmt: „Elle (d. h. la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Das Gesetz ordnet also an, daß der Kaufabschluß grundsätzlich den Eigentumsübergang bewirkt. Hieraus ergeben sich folgende Schlüsse: Die Kaufsache soll in das Eigentum des Käufers übergehen, der Verkäufer soll mithin die Eigentumsverschaffung vornehmen. Diese Verkäuferverpflichtung nun wird mit ihrer Uebernahme, nämlich mit dem Abschluß des Kaufvertrages bewirkt, oder m. a. W. sie wird in dem gleichen Augenblick begründet und erfüllt. In allen den Fällen aber, in denen der Kaufabschluß den Eigentumsübergang nicht vor sich gehen läßt [5]), wird mit dem Vertragsschluß nur die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung begründet. Es zeigt sich hier gegenüber den in romanistischen Traditionen wurzelnden Systemen des deutschen, schweizerischen und österreichischen Rechts ein sehr eigentümliches Charakteristikum des französischen Rechts. Lassen jene Rechtssysteme durch den Kaufvertrag nur eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung entstehen, die durch eine besondere dingliche Rechtshandlung wie die Tradition erfüllt wird, so macht im französischen Recht der Vertragsabschluß den Käufer bereits zum Eigentümer der gekauften Sache, sofern sich die Parteien nur über Ware und Preis geeinigt haben. Bilden im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht der Kaufvertrag den sog. titulus adquirendi, der wesentliches Erwerbserfordernis nur im österreichischen Recht und nach schweizerischem ZGB für den Liegenschaftserwerb ist [6]), und die dingliche Erfüllungshandlung den sog. modus adquirendi, so vereint der Code civil Erwerbstitel- und Erwerbsart bereits in dem bloßen Kaufvertrage. Daß es eines besonderen dinglichen Erfüllungsgeschäftes, einer traditio des Eigentums zum Er-

3) Zitiert bei Baudry-Lacantinerie et Saignat Nr. 9 Note 4.
4) Colin et Capitant II S. 423 Planiol II Nr. 1353. Aubry et Rau V § 349 S. 2 Baudry-Lacantinerie et Saignat Nr. 9. Josserand II Nr. 1081.
5) S. u. S. 121 ff.
6) Ueber die Bedeutung der causa im schweizerischen Mobiliarsachenrecht s. o. S. 11, 12.

werbe desselben gar nicht bedarf, hebt die Bestimmung des art. 1583 C. c. noch hervor, indem sie sagt: „ . . . . n'ait pas encore été livrée“, d. h. also ohne daß eine Besitzübergabe oder ein Uebergabesurrogat vorgelegen zu haben braucht.

Allein der Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages erzeugt die dingliche Rechtswirkung der Eigentumsübertragung. Der art. 1583 C. c. stellt nicht eine Sonderregelung des Kaufrechtes dar; vielmehr handelt es sich um eine Rechtswirkung, die der Code civil ganz allein der obligation de donner beigelegt hat.

§ 12

Die dingliche Wirkung der obligation de donner.

Eine dem art. 1583 C. c. entsprechende Vorschrift finden wir in den Bestimmungen über den Tauschvertrag. (art. 1703 C. c.). Der Tausch von Sachen vollzieht sich durch die bloße Einigung der Parteien. In art. 938 C. c. nimmt der Code civil bezüglich der Schenkung an, daß das Eigentum übergeht, sobald die Einigung der Parteien über den Schenkungsvertrag vorliegt. Der Kaufvertrag, wie der Tausch und auch die Schenkung sind Verträge, die alle darauf abzielen, einem der Kontrahenten das Eigentum an einem Gegenstande zu übertragen. In diesen Fällen nun, in denen ein auf Eigentumsüberlassung gerichtetes Schuldverhältnis vorliegt, läßt das französische Recht das Eigentum bereits mit der Begründung des Schuldverhältnisses übergehen. Der Code civil hat bei der Einzelregelung dieser drei Rechtsverschaffungsobligationen nur den Grundsatz wiederholt, den es in art. 711 C. c.: „La propriété des biens s'acquiert par l'effet des obligations“, besonders aber im art. 1138 C. c. für die obligation de donner allgemein ausgesprochen hat. Art. 1138 C. c. lautet: „l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire, encore que la tradition n'en ait point été faite.“ Der Wortlaut dieser Gesetzesbestimmung bedarf nach verschiedenen Richtungen hin einer genaueren Erklärung.

Mißverständlich erscheint zunächst der Ausdruck l'obligation de livrer, während sonst immer von einer obligation de donner gesprochen ist. L'obligation de livrer ist, wie oben[1]) schon hervorgehoben wurde, die Verpflichtung, den Berechtigten in den Besitz einer

1) S. S. 114.

Sache zu setzen. Art. 1138 C. c. hat aber nicht alle die Fälle im Auge, in denen der Berechtigte in Besitz gesetzt werden soll; denn auch der Pächter z. B. wird in Besitz der Pachtsache gesetzt, ohne daß er Eigentum an der Pachtsache erlangen soll. Die obligation de livrer kommt hier nur soweit in Betracht, als sie ein Ausfluß der obligation de donner ist. Obligation de donner heißt — das sei hier noch einmal betont — die Verpflichtung zur Rechtsverschaffung. In erster Linie ist das gewöhnlich die Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung[2]). Die obligation de donner enthält, wie art. 1138 C. c. sagt, die Verpflichtung de livrer la chose. Es fallen mithin nur solche Besitzübertragungsverpflichtungen unter art. 1138 C. c., soweit sie einer obligation de donner entstammen.

Der Grundsatz des art. 1138 C. c., der bestimmt, daß mit Begründung der auf Eigentumsübertragung gerichteten Obligation gleichzeitig das Eigentum übertragen wird, ohne daß es noch einer besonderen dinglichen Erfüllungshandlung bedarf, wird von Huc[3]) und Hugueney[4]) dahin eingeengt, daß die obligation de donner ohne eine dazu kommende traditio das Eigentum nur inter partes übergehen lasse. Ein gegenüber Dritten wirkendes Eigentumsrecht wird nach Huc und Hugueney mit Abschluß des obligatorischen Vertrages noch nicht erworben. Nach dieser Theorie würde also der vollgültige Eigentumserwerb, ebenso wie im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht erst durch die zur Obligation hinzutretende dingliche Erfüllungshandlung eintreten. Begründet wird diese Auffassung damit, daß art. 1583 C. c. die Fassung gebrauche, la vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise à l'égard du vendeur. Ferner habe der Gesetzgeber in erster Linie bei der Fassung des art. 1138 C. c. eine Regelung für den Gefahrübergang der geschuldeten Sache aussprechen wollen. Schließlich wird darauf hingewiesen, daß beim Immobiliarerwerb vor der transscription auch nur ein relatives Eigentum erworben würde[5]). Entsprechendes habe beim Mobiliarerwerb zu gelten.

Huc und Hugueney sind mit dieser Auffassung allein geblieben. Um gleich bei dem zuletzt genannten Argument zu beginnen, so ist dazu zu sagen, daß das geltende französische Recht allerdings den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb von beweglichen Sachen anderen

---

2) Aubry et Rau IV § 299 Note 3. Baudry-Lacantinerie et Barde, des obligations I Nr. 344. Fehl gehen Démolombe XXIV Nr. 396 und Laurent XVI Nr. 187, die in der obligation de donner eine Besitzverschaffungsobligation sehen.

3) Huc, Commentaire thérorique et pratique du Code civil VII Nr. 125 ff.

4) Hugueney, S. 46 ff.

5) s. u. § 15 ff.

Grundsätzen unterwirft als den von Immobilien. Während der Code civil von 1804 für den rechtsgeschäftlichen Mobiliar- und Immobiliarerwerb noch gleiche Prinzipien aufgestellt hatte, wurden diese, soweit ein Grundstückserwerb in Frage kam, durch das Gesetz vom 23. 3. 1855 erheblichen Abänderungen unterworfen, wodurch allerdings die Regeln des Code civil über den vertraglichen Erwerb beweglicher Sachen unberührt blieben. Auch der Hinweis auf die Regelung des art. 1138 C. c. über den Gefahrübergang vermag die Theorie jener Autoren nicht zu stützen. Einen Anhaltspunkt dafür, daß art. 1138 nur den Gefahrübergang hat regeln wollen, können Huc und Huguenen nicht angeben. Vielmehr hat der Gesetzgeber sowohl den Eigentumsübergang wie den Gefahrübergang in dem art. 1138 C. c. behandelt[6]).

Mit Recht lehnt daher die herrschende Lehre diese Ansicht ab. und sagt, daß der schuldrechtliche Lieferungsvertrag allein schon den Gläubiger zum Eigentümer der zu leistenden Sache macht und zwar ihm eine Eigentümerstellung gibt, die nicht nur zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern gegenüber jedem Dritten Wirksamkeit hat, ohne daß es einer besonderen dinglichen Erfüllungshandlung, einer Uebergabe oder eines Uebergabeersatzes bedarf[7]). Dafür sprechen sowohl Entstehungsgeschichte wie der Wortlaut des Code civil. Das ältere französische Recht folgte noch dem Traditionssystem des römischen Rechts. Der obligatorische Vertrag allein übertrug noch nicht das Eigentum, vielmehr mußte dazu die Besitzübergabe erfolgen, oder aber die Parteien vereinbarten, wie beim constitutum possessorium, daß das Eigentum zwar auf den Erwerber übergehen sollte, der Veräußerer aber im Besitze der Sache blieb. Unter dem Einfluß von naturrechtlichlichen Anschauungen[8]) gelangte man allmählich dahin, zur Uebertragung des Eigentums die bloße Vereinbarung genügen zu lassen. Diesen Strömungen schlossen sich auch die Gesetzgeber an. Mehrere Stellen in den Gesetzgebungsmaterialien geben darüber einen deutlichen Aufschluß. So sagt Bigot du Préameneu bei der Behandlung des Titels „Des obligations[9])“: „C'est le consentement des contractants qui rend parfait l'obligation de livrer la chose; il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créan-

6) Vgl. Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 423 und 424. Colin et Capitant II S. 340. Planiol II Nr. 1347.

7) Aubry et Rau II § 174 S. 77. Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 412. Planiol et Ripert III Nr. 621. Planiol I Nr. 2598.

8) Vgl. die bei Planiol I Nr. 2594 genannten Zitate von Grotius, Pufendorf und Domat.

9) Locré XII S. 327.

cier doive être considéré comme propriétaire...". Bei den Ausführungen über den Kaufvertrag erklärt Portalis[10]): „Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civil, qui consomme le transport du droit et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose." Die Gesetzgeber haben also die Auffassung gehabt, daß der obligatorische Vertrag zugleich die traditio enthielt. Man sieht aber gleichzeitig, wie die Schöpfer des Code civil, noch nicht ganz frei von römisch-rechtlichen Gedankengängen, sich von dem Erfordernis der traditio nicht vollständig haben lossagen wollen. Darum haben sie angenommen, daß mit Abschluß der schuldrechtlichen Vereinbarung zugleich die traditio, die dingliche Erfüllungshandlung vorgenommen werde, die nach außen hin allerdings nicht in Erscheinung träte. Die traditio war nur noch ein fingierter Begriff; immerhin ein Begriff, der den Gesetzgebern von 1804 noch nicht entbehrlich schien. Dafür spricht der Wortlaut des art. 938 C. c. Im zweiten Halbsatz sagt diese Bestimmung: „... et la propriété des objets donnés sera transferée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition." Daraus erhellt deutlich die Einstellung der Gesetzgeber, die sich im schuldrechtlichen Vertrag zugleich die traditio enthalten dachten und eine andere Uebergabe daher nicht mehr für nötig erachteten. –

Es war oben gesagt worden[11]), daß das Eigentum in dem Zeitpunkt übergeht, in dem das auf Uebertragung abzielende Schuldverhältnis abgeschlossen wird. Dem gegenüber vertritt Planiol[12]) den Standpunkt, daß ein Eigentumserwerb erst in dem Augenblick einträte, in dem die Besitzübergabe der Sache nach dem Willen der Parteien stattzufinden habe. Wenn z. B. die Parteien am 1. Januar einen auf Uebereignung einer Sache gerichteten Vertrag mit der Maßgabe geschlossen haben, daß der Besitz an der Sache erst am 5. Januar zu übertragen ist, so geht nach Planiol das Eigentum an der Sache erst am 5. Januar auf den Erwerber über. Planiol begründet seine Ansicht mit dem Hinweis auf den Wortlaut des art. 1138 C. c.; „l'obligation rend le créancier propriétaire dès l'instant où elle (la chose) a dû être livrée." Für die Ansicht von Planiol spricht sich auch eine Stelle in den Gesetzgebungsmaterialien aus. Bigot du Préameneu sagt[13]): „Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire, aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé."

---

10) Locré XIV S. 145 und 146.
11) s. S. 115 ff.
12) Planiol I Nr. 2596
13) Locré XII S. 327

Mit Recht lehnt aber die herrschende Lehre[14]) diese Ansicht ab. art. 1138 C. c sagt nichts anderes, als daß das Eigentum in dem Augenblick übergeht, in dem die Besitzübergabe geschuldet wird. Die Besitzübergabe wird aber, selbst wenn die Uebergabe erst nach Ablauf einer bestimmten Frist stattfinden soll, im Zeitpunkt der Vereinbarung geschuldet. Das ergibt sich aus art. 1185 C. c.: „Le terme diffère de la condition en ce qu'il ne suspend point l'engament dont il retarde seulement l'exécution." Geschuldet wird die Leistung vom Tage der Vereinbarung ab; die Ausführung allein kann nicht vor dem Ablauf der Frist beansprucht werden. Das Eigentum geht also immer mit Abschluß des Vertrages über, mag die Besitzübergabe auch nach vertraglicher Vereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

Hervorzuheben bleibt noch, daß die Rechtsverschaffungsobligation ihre dingliche Wirkung nur dann ausübt, wenn die vom Gesetz erforderten Voraussetzungen gegeben sind. Allgemein erforderlich ist zunächst einmal, daß die Sache, die übereignet werden soll, die nötige Bestimmtheit hat. Dieses Erfordernis entspricht dem allgemein gültigen Grundsatz, daß die Parteien, wenn sie etwas zu Eigentum übertragen wollen, wissen müssen, was sie eigentlich übereignen. Eigentum an einer unbestimmten Sache kann schlechthin nicht erworben werden[15]). Danach wird Eigentum an den Gegenständen einer Genusschuld nicht schon durch den Kaufvertrag erworben, vielmehr muß erst durch Konzentration die erforderliche Spezialität der Sache gegeben sein. Ist diese erfolgt, so erwirbt allerdings in dem Augenblick der Konzentration der Genussache zur Speziessache der Käufer das Eigentum. Auf diesem Grundgedanken baut sich auch art. 1585 C. c. auf. Das Gesetz spricht hier zwar nur vom Gefahrübergang. Die Kommentatoren nehmen jedoch an, daß auch das Eigentum an der Kaufsache nicht übergehen kann, da es der Kaufsache an der erforderlichen Bestimmtheit fehlt[16]). Aus dem gleichen Grunde geht auch das Eigentum an einer zukünftigen Sache noch nicht durch den Kaufvertrag über; denn hier existiert die Sache überhaupt noch nicht. Die Gültigkeit der schuldrechtlichen Vereinbarung, eine erst in Zukunft entstehende Sache zu liefern, wird aber vom Gesetz ausdrücklich anerkannt. (art. 1130 Abs. 1 C. c).

---

14) Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 366. Démolombe XXIV Nr 417. Laurent XVI Nr. 358. Marcadé IV Nr. 484. Mourlon II Nr. 1124.

15) Aubry et Rau V § 349 Note 39 bis. Baudry-Lacantinerie et Saignat Nr. 12 und 13, Colin et Capitant I S. 938. Planiol I Nr. 2597 Ziff. 1. Cours d'appel de Lyon. D. P. 1861 2, 178.

16) Aubry et Rau V § 349 Note 41. Baudry-Lacantinerie et Saignat Nr. 147. Vgl. die bei Aubry et Rau a. a. O. angeführten Zitate.

Damit durch das Kaufgeschäft das Eigentum übergehen kann, st nach ausdrücklicher Bestimmung des art. 1583 C. c. die Einigung der Parteien über Preis und Sache erforderlich. Liegt eine dieser beiden Voraussetzungen nicht vor, so geht das Eigentum an der Sache nicht über[17]).

Es gilt noch hervorzuheben, daß die allgemeine Vorschrift des art. 1138 C. c. wie dessen spezieller Anwendungsfall in art. 1583 C. c. nur eine grundsätzliche Regelung über die Wirkung der Rechtsverschaffungsobligationen darstellen. Zwingendes Recht hat der Code civil in diesen Normen nicht aufstellen wollen; vielmehr bleibt es den Parteien überlassen, bezügl. des Eigentumsüberganges durch ausdrückliche Vereinbarung eine Sonderregelung zu treffen[18]). In diesem Sinne hat sich neuerdings auch die Cour de Cassation in dem Urteil vom 31. 10. 1928 ausgesprochen[19]).

Zusammenfassend kann hiernach gesagt werden: Durch Abschluß des Kaufvertrages geht das Eigentum an der Kaufsache ohne besondere dingliche Erfüllungshandlung auf den Käufer über, wenn die Parteien sich über die Kaufsache und den Preis einig waren, wenn die Sache die nötige Bestimmtheit hatte, und die Kontrahenten den sofortigen Eigentumsübergang nicht durch besondere vertragliche Abreden ausgeschlossen haben.

§ 13.

Der Grundsatz des art. 1599 C. c.

Mit der Vertragschließung erlangt der erste Käufer gegen den Verkäufer nicht nur den obligatorischen Anspruch auf die délivrance aus art. 1582 C. c.: „Le vendeur s'oblige a livrer la chose“ und art. 1603 C. c.: „Une des obligations principales du vendeur est celle, de délivrer la chose qu'il vend“, vielmehr hat er gegen den Verkäufer auch die rei vindicatio. Eigentümer der Sache ist nicht mehr der Verkäufer, sondern der erste Käufer ist es geworden. Mit Recht verweigern daher die Entscheidungen die Cour de Cassation

17) Im Falle des art. 1585 C. c. geht das Eigentum an der noch ungemessenen und ungezählten Ware auch deshalb nicht über, weil vor der quantitativen Feststellung der Kaufpreis noch nicht feststeht. So: Aubry et Rau Nr. 1363. Cassationshof v. 18. 3. 1902 in D. P. 1902, 1, 190.

18) Aubry et Rau V § 349 Note 39. Baudry-Lacantinerie et Saignat Nr. 11. Colin et Capitant I S. 939. Josserand I Nr. 1695. Planiol I Nr. 2597 Ziff. 2.

19) D. H. 1928 S. 591.

vom 24. 4. 1872[1]) und die Cour d'appel von Poitiers vom 8. 7. 1878[2] dem Verkäufer noch die weitere Geltendmachung der rei vindicatio. Wenn der Verkäufer nun die vom ersten Käufer gekaufte jedoch bei ihm, dem Verkäufer, einstweilen belassene Sache an einen Zweitkäufer verkauft, so verkauft er damit eine einem anderen, nämlich dem ersten Käufer gehörige Sache, une chose d'autrui.

Daß der Code civil in art. 1599 bestimmt: „La vente d'une chose d'autrui est nulle", ist eine durchaus konsequente Durchführung des in den art. art. 1583 und 1138 C. c. aufgestellten Prinzips. Im französischen Recht begründet der Kaufvertrag nicht allein die Verpflichtung zur Eigentumsbeschaffung an der Sache, wie das im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht der Fall ist, sondern die Verpflichtung als solche wirkt gleichzeitig rechtsübertragend. Der Verkäufer ist aber im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem zweiten Käufer nicht in der Lage, eine ihm nicht gehörige Sache von sich aus dem zweiten Käufer zu Eigentum zu übertragen. Wohl kann er sich dazu verpflichten, doch niemals kann er durch eine Abmachung mit dem zweiten Käufer den ersten Käufer kraft der Vereinbarung mit dem zweiten Käufer des Eigentums entsetzen und das Eigentum an den zweiten Käufer übertragen. Der Code civil bestimmt in art. 1165 daß Abmachungen nur Wirkung haben zwischen den vertragschließenden Parteien. Die rechtliche Stellung des ersten Käufers als des Eigentümers der Kaufsache wird durch den Vertragsabschluß des Verkäufers mit dem zweiten Käufer nicht berührt. Es gilt hier der Grundsatz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet oder in anderer Prägung: nemo dat quod non habet. Das französische Recht muß wegen der eigenartigen Gestaltung der Rechtsverschaffungsobligation dieser den rechtlichen Bestand versagen, wenn sie nicht in der Lage ist, die rechtsübertragende Wirkung sogleich auszuüben[3]).

Eine dem art. 1599 C. c. entsprechende Vorschrift finden wir in den drei oben behandelten Rechtssystemen nicht. Dort würde die Bestimmung deshalb nicht hineinpassen, weil das Kaufgeschäft den Verkäufer nur zur Eigentumsverschaffung verpflichtet. Daß ein Verkäufer sich gegenüber dem Käufer zur Verschaffung einer einem Dritten gehörigen Sache verpflichten kann, ist in jenen Rechten allgemein anerkannt. Auch das französische Recht kennt in Abweichung von der grundsätzlichen Regelung des Kaufvertrages einen Kauf, der nur

1) D. P. 1873, 1, 130.
2) D. P. 1879, 2, 36.
3) Aubry et Rau V §351 Note 43. Colin et Capitant II S. 441. Planiol II Nr. 1416.

bligatorisch verpflichtend wirkt[4]). Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum an einer fremden Sache zu verschaffen, wirkt dann lediglich als Verpflichtung nicht aber auch gleichzeitig echtsübertragend. Die Gültigkeit einer solchen Obligation ist allgemein anerkannt[5]).

Betrachtet man den art. 1599 C. c. für sich, so könnte man u dem Ergebnis gelangen, daß der Code civil im Gegensatz zu en Systemen des deutschen, des schweizerischen und des österreichischen Rechts schrankenlos den Standpunkt des römischen Rechts, der m Grundsatz nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet einen Ausdruck gefunden hat, aufrecht erhalten habe, zumal der rt. 1599 C. c. auch den ersten Käufer nicht hindert, gegen den weiten Käufer den Eigentumsherausgabeanspruch geltend zu machen, lbst wenn dieser gutgläubig war.

Es erhebt sich nun die Frage, ob das französische Recht nicht n anderer Stelle und im anderem Zusammenhang die Publizitätsunktion des Besitzes im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit beweglichen Sachen anerkannt hat. Genauer gefragt: Schützt der Code civil enjenigen, der vom Besitzer im guten Glauben an dessen Eigenum erworben hat gegenüber der rei vindicatio desjenigen, der die Sache dem veräußernden Besitzer überlassen hat?

§ 14

Der Schutz des gutgläubigen zweiten Käufers.

I. Die rechtspolitische Bedeutung des art. 2279 C. c.

Das römische Recht huldigte ohne Einschränkung der Maxime: emo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Wer im Gelungsbereich des römischen Rechtes vom Nichteigentümer erwarb, wurde benſowenig Eigentümer, wie es der veräußernde Besitzvorgänger nicht ar, mochte der Erwerber in guten Glauben an das Eigentum es Veräußerers gewesen sein oder nicht. Das Eigentum konnte in lchen Fällen nur durch Ersitzung erworben werden. Dem gesteierten wirtschaftlichen Verkehr der neueren Zeit würde jener römisch chtliche Grungsatz nicht genügend entgegenkommen. Jeder schnell h abwickelnde wirtschaftliche Verkehr im Handel mit beweglichen achen würde empfindlich getroffen werden, wenn die geltenden Ge-

4) S. o. S. 120—122.
5) Aubry et Rau V § 351 S. 53. Baudry-Lacantinerie et Saignat Nr. 116. Colin et Capitant II S. 440. Planiol II Nr. 1418 Ziff. 2.

setzgebungen jenes Prinzip aufrecht erhalten wollten. Die beweglichen Sachen wechseln nur zu häufig den Besitzer. Im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Mobilien kann nicht danach geforscht werden, ob der veräußernde Besitzer auch wirklich der Eigentümer ist, wenn nicht die Abwicklung des ganzen Verkehrs leiden soll. Den Bedürfnissen des täglichen Lebens entsprechend haben mehr oder weniger alle neueren Gesetzgebungen den Grundsatz aufgestellt, daß im rechtsgeschäftlichen Verkehr gegenüber dem gutgläubigen Erwerber einer beweglichen Sache der Besitzer als Eigentümer gilt.

Normalerweise ist der Besitz nur ein Ausfluß des dinglichen Rechtes an der Sache. Der dinglich Berechtigte wird zunächst stets in der Lage sein, den Besitz an der Sache auszuüben. Tut er das nicht, und gibt er den unmittelbaren Besitz zugunsten einer anderen dinglich weniger stark oder gar nicht berechtigten Person auf, so tut er das auf eigene Gefahr. Die meisten neueren Rechtsordnungen stellen es auf den normalen Zustand ab, in dem der Inhaber des dinglichen Rechts den Besitz ausübt, und begründen für den rechtsgeschäftlichen Verkehr die Regel, daß der Besitzer auch als der Berechtigte gilt[1]). Aus dem gleichen Gedanken heraus sind dann auch die Vorschriften entsprungen, die denjenigen schützen, der in gutem Glauben an das Eigentum des nichtberechtigten Besitzers von diesem eine Sache erwirbt[2]).

Im französischen Recht erscheint ein solcher Schutz des vom nicht Berechtigten im guten Glauben Erwerbenden um so mehr erforderlich, als der Code civil die dingliche Eigentumsübertragung gar nicht an einen sichtbaren Vorgang knüpft. Während jene drei Rechtsordnungen nach Möglichkeit bestrebt sind, das dingliche Recht an der Sache nur dann entstehen zu lassen, wenn der Berechtigte auch den Besitz erwirbt, während also jene Rechtssysteme das Eigentum in erster Linie nur dann übergehen lassen, wenn der Erwerber auch den Besitz erhält, und vom Erfordernis der Besitzübergabe nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen absehen[3]), hat das französische Recht das Erfordernis einer Besitzübergabe oder eines Uebergabesurrogates beim Eigentumserwerb gänzlich beseitigt. Die Gesetzgeber haben sich mit Mitteln des Gesetzes gar nicht einmal bemüht, den Eigentumserwerb vom Besitzerwerb abhängig zu machen. Beim rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb hat es der Code civil auf eine Publizität der wirklichen Rechtslage nicht abgestellt. Zum Ausgleich dieser dinglich wirkenden Obligation, die die Rechtsänderung nach außen hin nich

1) Vgl. BGB § 1006, ZGB Art. 930.
2) BGB §§ 932—935, ZGB Art. 933, aBGB § 367.
3) BGB §§ 930/931, ZGB Art. Art. 714, 717, 924, aBGB §§ 425 u. 428

in Erscheinung treten läßt, mußte der Gesetzgeber, wenn er nicht den rechtsgeschäftlichen Mobiliarverkehr erheblich hemmen wollte, zu Gunsten gutgläubiger Erwerber eine Schutzbestimmung aufstellen. Den Schutz des gutgläubigen Besitzerwerbers hat das französische Recht im art. 2279 C. c. angeordnet.

II. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des art. 2279 C. c.

Der Wortlaut des art. 2279: „En fait de meubles la possession vaut titre“ ist nicht von dem Gesetzgeber des Code civil geschaffen worden. Man bediente sich vielmehr schon im 18. Jahrhundert allgemein dieser Formulierung, soweit es sich um den Schutz des gutgläubigen Besitzerwerbers handelte. Dieser eingebürgerte Rechtssatz ist dann 1804 von den Schöpfern des Code civil übernommen worden[4]). Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung läßt an Klarheit zu wünschen übrig. Weder bringt der art. 2279 C. c. die rechtliche Tragweite, noch die rechtlichen Grundlagen, noch die Voraussetzungen für seine Anwendbarkeit klar zum Ausdruck[5]). Doch haben die französische Rechtswissenschaft und auch die Rechtsprechung der oberen Gerichte aus der geschichtlichen Entwicklung des art. 2279 C. c. und aus dem systematischen Zusammenhang dieser Bestimmung mit anderen gesetzlichen Vorschriften klare Grundsätze bezüglich der Voraussetzungen und des Anwendungsbereiches jener Regeln herausgearbeitet.

Das im art. 2279 C. c. enthaltene Prinzip kommt nicht allein an dieser Stelle zum Ausdruck, vielmehr findet sich ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes auch noch im art. 1141 C. c. ausgesprochen. Art. 1141 C. c. bestimmt, daß im Falle einer zweimaligen Veräußerung der gleichen beweglichen Sache derjenige den Vorzug erhält, der zuerst den wirklichen Besitz erlangt, „qui en a été mis en possession reelle“, gleichgültig, ob sein Erwerbstitel später entstanden ist. Wenn also derjenige, der durch den Abschluß des Veräußerungsvertrages zuerst das Eigentum erworben hat, dieses gegenüber demjenigen nicht geltend machen kann, der die Sache von dem Veräußerer, in dessen Besitz der Ersterwerber die Sache belassen hatte, übergeben erhalten hatte, so geschieht das lediglich auf Grund des Gedankens „en fait de meubles la possession vaut titre.“ Selbst wenn sich die Bestimmung des art. 1141 C. c. nicht im Gesetz fände, so würde man zu der im art. 1141 C. c. ausgesprochenen Folge schon auf Grund des art. 2279 und des dieser gesetzlichen Bestimmung innewohnenden

4) Planiol I Nr. 2472 und 2474.
5) Planiol I Nr. 2474. Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 827.

Prinzips gelangen[6]). Demgegenüber wenden Huc, Hugueney und andere[7]) ein, der art. 1141 C. c. sei nicht ein besonderer Anwendungsfall des Grundsatzes en fait de meubles la possession vaut titre; vielmehr müsse man davon ausgehen, daß die einfache obligation de donner das Eigentum mit Wirksamkeit gegenüber Dritten noch nicht übertrage. Der Zweiterwerber, der in den Besitz der Sache gesetzt werde, werde nur deshalb bevorzugt, weil erst die Tradition ein gegenüber allen wirkendes Eigentumsrecht verschaffe. Wie wir oben bereits ausführten, ist die Grundlage, auf der diese Autoren ihre Lehrmeinung aufbauen, unzutreffend und weder mit der Entstehungsgeschichte noch mit dem Wortlaut des Code civil in Einklang zu bringen[8]).

Wir haben also davon auszugehen, daß art. 1141 C. c. lediglich dem Prinzip des art. 2279 C. c. entsprungen ist. Art. 1141 C. c. ist aber nicht nur ein besonderer Anwendungsfall der in Art. 2279 enthaltenen Rechtsregel; darüber hinaus bildet er, wie wir noch sehen werden[9]), in zweifacher Richtung eine Ergänzung zu dem mangelhaften Wortlaut des art. 2279 C. c.[10])

Gestützt auf die Bestimmung des art. 2279 C. c. kann sich derjenige, der, wie in unserem Falle der zweite Käufer, von einem Nichteigentümer den Besitz an der Sache erlangt hat, gegen die Herausgabeklage des Eigentümers wehren. Liegen die Voraussetzungen dieses Artikels vor, so wird die Klage des vindizierenden Eigentümers abgewiesen[11]). Folgende beiden Voraussetzungen müssen dazu gegeben sein: Der zweite Käufer muß la possession, also den Besitz im Sinne des Code civil erworben haben. Dann aber muß er bei dem Besitzerwerb im guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers gewesen sein.

---

6) So die herrschende Lehre: Aubry et Rau II S. 79. Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 409 ff. und die unter Nr. 414 Note 1 Zitierten. Colin et Capitant I S. 941. Planiol I Nr. 2598. Planiol et Ripert III Nr 621.

7) Huc VII Nr. 125 ff. Hugueney S. 53 ff. Toullier VII Nr 35 und 36. Troplong, de la vente Nr. 42.

8) S. o. S. 117, 118.

9) S. u. S. 127 ff.

10) Baudry-Lacentinerie et Tissier Nr. 849. Colin et Capitant I S. 912. Planiol I Nr. 2479. Planiol et Ripert III Nr. 377 u. 381.

11) Daß die Einrede des art. 2279 C. c. nur zulässig ist, wenn der Beklagte mit der dinglichen Klage auf Herausgabe belangt wird, ergibt sich aus art. 2279 Abs. 2 C. c. Dort wird die rei vindicatio von gestohlenen und verlorenen Sachen innerhalb einer Frist von 3 Jahren schlechthin zugelassen. Man schließt daraus, daß sich der in Anspruch Genommene auch nur im Falle einer gegen ihn gerichteten rei vindicatio auf die Vorschrift des art. 2279 C. c. berufen kann. Vgl. Aubry et Rau II § 183 Note 26.

Daß eine Besitzerlangung stattgefunden haben muß, folgt schon aus dem Wortlaut des art. 2279 C. c. Das Gesetz spricht hier unmißverständlich von einer possession. Unter possession versteht das französische Recht nur einen solchen Besitzzustand, bei dem der Besitzinhaber mit dem animus domini besitzt. Wer als Besitzinhaber – wie etwa der unmittelbare Besitzer i. S. des § 868 BGB – nicht den animus domini hat, also der Fremdbesitzer, ist nach französischem Recht überhaupt nicht Besitzer, sondern lediglich Prekarist. Der Prekarist kann gegenüber dem vindizierenden Eigentümer die Einwendung des art. 2279 C. c. nicht vorbringen[12]).

Weiter aber muß die possession des Besitzerwerbes „réelle" sein. Zwar spricht der art. 2279 C. c. nur allgemein von einer possession ohne Hinzufügung des Eigenschaftswortes réelle. Daß jedoch der Sinn dieser Vorschrift das Vorhandensein eines wirklichen Besitzes erfordert, folgert die herrschende Lehre mit Recht aus dem Wortlaut des art. 1141 C. c. Wann eine possession réelle jeweils gegeben ist, wird stets von den Umständen des einzelnen Falles abhängen. So wird angenommen, daß eine Uebergabe von Schlüsseln ausreichend ist, um einen wirklichen Besitzerwerb an den unter Verschluß gehaltenen Sachen zu begründen; denn dann ist der Erwerber in der Lage, die Besitzherrschaft auszuüben. Gleichfalls erkennt man an, daß eine wirkliche Besitzerlangung auch dann erfolgt ist, wenn die zu übergebenden Sachen mit Zeichen oder Marken versehen sind, die jeden Dritten darauf hinweisen, daß die betreffenden Sachen einem anderen als dem Gewahrsamsinhaber zustehen[13]). Keinesfalls liegt nach der herrschenden Meinung eine possession réelle vor, wenn etwa der Verkäufer und der zweite Käufer ein Besitzkonstitut vereinbaren, wenn der Verkäufer also für den zweiten Käufer besitzen soll[14]). Wenn die französische Rechtswissenschaft bei der Anwendung des art. 2279 C. c. fordert, daß der Erwerber einen unmittelbaren realen Sachbesitz erlangt haben muß, so ist dieses Erfordernis weniger deshalb aufgestellt worden, damit der Erwerber, z. B. der zweite Käufer, in der Lage ist, die volle Sachherrschaft über den Gegenstand auszuüben. Man sieht das daran, daß die Kennzeichnung der Sache durch eine Marke oder durch ein Zeichen als ausreichend angesehen wird, um die possession reelle zu begründen. Der Erwerber wird in einem derartigen Falle nicht immer

---

12) Aubry et Rau II § 183 Note 4. Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 870. Colin et Capitant I S. 919. Planiol et Ripert III Nr. 377 und 381.

13) Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 410. Planiol et Ripert III Nr. 376. Vgl. auch Colin et Capitant I S. 919.

14) Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 410. Planiol et Ripert III Nr. 376.

in der Lage sein, die volle Sachherrschaft auszuüben. Es kommt vielmehr zur Erfüllung der possession reelle darauf an, daß Dritten gegenüber eindeutig kenntlich gemacht wird, daß die Sache, die zwar oftmals nicht im Gewahrsam des Besitzerwerbers stehen wird, dem auf den Zeichen oder Marken als berechtigt Gekennzeichneten zusteht. Das Erfordernis der possession reelle wird also deshalb gestellt, damit der Besitz die Publizitätsfunktion ausüben kann. Planiol und Ripert bringen dies zutreffend zum Ausdruck, indem sie sagen:[15] „Le rôle de la possession est ici d'établir la sécurité dans les relations commerciales." Wenn daher la possession réelle verlangt wird, so geschieht das, um für den zweiten Käufer einen Besitzzustand herzustellen, aus dem dritte Personen unzweideutig ersehen können, daß dem zweiten Käufer das Eigentum an der veräußerten Sache zusteht.

Die zweite Voraussetzung, die die Anwendung des art. 2279 C. c. bedingt, ist das Vorliegen der bonne foi des Besitzerwerbers. Zwar verlangt der Wortlaut des art. 2279 C. c. nicht ausdrücklich den guten Glauben beim Besitzerwerber. Doch ergeben sich die Berechtigung und die Notwendigkeit dieser Voraussetzung schon aus dem Zwecke, den diese Gesetzesbestimmung verfolgt. Art. 2279 C. c. soll den rechtsgeschäftlichen Mobiliarverkehr schützen. Es hieße aber über diesen Schutz hinausgehen, wollte man auch dem bösgläubigen Erwerber den art. 2279 C. c. zugute kommen lassen[16]). Ueberdies ist das Erfordernis des guten Glaubens beim Besitzerwerb auch im Gesetz, nämlich in der den art. 2279 C. c. ergänzenden Vorschrift des art. 1141 C. c. zum Ausdruck gebracht. Art. 1141 C. c. gibt dem Zweiterwerber, der den Besitz an der zweimal veräußerten Sache erlangt hat, gegenüber dem nicht besitzenden Ersterwerber nur dann den Vorzug, wenn er beim Besitzerwerbe gutgläubig gewesen ist: „ . . . pourvu toute fois que la possession soit de bonne foi"[17]).

Demgegenüber behaupteten Aubry und Rau[18]), daß es bei der Anwendung des Grundsatzes en fait de meubles la possession vaut titre auf den guten oder bösen Glauben nicht ankomme. Die Anordnung des art. 1141 C. c., daß nur der gutgläubige Besitzerwerber bevorzugt wird, daß der Besitzerwerber also dem Erstberech-

---

15) Planiol et Ripert III Nr. 380.
16) Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 871.
17) So auch die herrschende Lehre. Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 872 Colin et Capitant I S. 912 und 920. Planiol I Nr. 2479 Ziff. 2. Planiol et Rlgert III Nr 381 Ziff. 2 und die dort bei Anm. 2 zit. Entscheidungen.
18) II § 183 Note 29.

tigten gegenüber zur Herausgabe verpflichtet ist, wenn er beim Besitzerwerbe nicht im guten Glauben war, erklären sie dahin, daß der in art. 1141 C. c. enthaltene Herausgabeanspruch nichts anderes sei, als der auf art. art. 1382 und 1383 C. c. gestützte Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung. Diese Lehrmeinung führt zu einem anderen Ergebnis als die zuerst dargestellte herrschende Ansicht. Zwar kann in dem Falle, daß der zweite Käufer in Kenntnis von dem an den ersten Käufer erfolgten Verkauf der Sache diese erworben hat, der erste Käufer von dem zweiten Käufer die Sache herausverlangen. Soweit stimmen die beiden Theorien noch überein. Doch bezüglich der Rechtsnatur dieses Herausgabeanspruchs gelangen sie zu verschiedenen Ergebnissen. Während wir mit der herrschenden Lehre sagen, daß der Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer der dingliche Eigentumsherausgabeanspruch ist, da der zweite Käufer zur Abwehr der rei vindicatio wegen Fehlens einer wesentlichen Voraussetzung des art. 2279 C. c. sich nicht auf diese Bestimmung berufen kann, sehen Aubry et Rau den Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer als einen obligatorischen Anspruch an. Nach ihnen kann sich der zweite Käufer gegenüber der rei vindicatio des ersten Käufers mit Erfolg auf art. 2279 C. c. stützen. Begründet aber der erste Käufer sein Recht auf art. 1141 C. c., so macht er damit einen obligatorischen aus Delikt des zweiten Käufers herrührenden Anspruch geltend. Der Ansicht von Aubry und Rau können wir uns aus folgenden Gründen nicht anschließen. Es war oben schon dargelegt worden, daß art. 1141 C. c. ein Anwendungsfall des art. 2279 C. c. ist. Diese Ansicht wird übrigens auch von Aubry und Rau geteilt[19]). Art. 2279 kann nur dann von dem Besitzer dem Kläger entgegengehalten werden, wenn dieser sich mit einer rei vindicatio gegen den Besitzer wendet[20]). Wenn nun art. 1141 C. c. nur ein Anwendungsfall des in art. 2279 C. c. niedergelegten Prinzips ist, so kann es sich bei dem in art. 1141 C. c. enthaltenen Anspruch des Erstberechtigten nur um die rei vindicatio handeln und nicht um einen schuldrechtlichen aus unerlaubter Handlung des Zweiterwerbers entstandenen Anspruch.

Der gute Glaube, den nach art. 2279 C. c. der zweite Käufer haben muß, besteht darin, daß der zweite Käufer den Verkäufer für den Eigentümer der Sache hält. Hier bestimmt also der Code civil nichts anderes als das deutsche und österreichische Recht. Während in diesen Rechtsordnungen die Kenntnis von einem auf Uebereignung gerichteten Schuldverhältnis also die Kenntnis von dem zwischen Ver-

19) II S. 79. S. auch oben S. 125 ff.
20) Planiol I Nr. 2476. Colin et Capitant I S. 912 ff. S. o. S. 126.

käufer und erstem Käufer bestehenden Kaufvertrag den guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers nicht zu beeinträchtigen vermag, so hat die Kenntnis des Erwerbers von dem Bestehen eines auf Veräußerung gerichteten Schuldverhältnisses im französischen Recht die Wirkung, den Erwerber bösgläubig zu machen; denn Abschluß des Veräußerungsvertrages, z. B. des Kaufvertrages, und Eigentumsübergang sind grundsätzlich ein Vorgang. Weiß also der zweite Käufer, daß die Sache bereits dem ersten Käufer verkauft war, so hat er notwendigerweise – immer den Fall eines normal sich abspielenden Verkaufs vorausgesetzt – auch Kenntnis davon, daß nicht mehr der Verkäufer sondern der erste Käufer Eigentümer ist. Der Schutz des art. 2279 C. c. kommt ihm dann nicht zugute.

Vorhanden sein muß der gute Glaube im Zeitpunkt des Besitzerwerbes durch den zweiten Käufer[21]). Verschiedene Autoren[22]) und Entscheidungen des Kassationsgerichtes[23]) haben den guten Glauben schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Veräußerungsvertrages verlangt. Danach müßte also der zweite Käufer schon beim Kaufabschluß gutgläubig sein. Diese Ansicht geht jedoch zu weit. Die Wirkungen des art. 2279 C. c. treten erst mit dem Besitzerwerbe ein. Der zweite Käufer erwirbt vorher durch den Kaufvertrag noch keinerlei dingliche Rechte an der Sache, sondern höchstens obligatorische Ansprüche gegen den Verkäufer. Denn durch den Abschluß des Kaufvertrages geht das Eigentum der dem ersten Käufer gehörigen Sache nicht auf den zweiten Käufer über. Die Voraussetzungen, die erst beim Besitzerwerbe vorzuliegen brauchen, zu einem früheren Zeitpunkt vorhanden sein zu lassen, liegt weder ein Anlaß noch ein im Gesetz zu findender Anhaltspunkt vor.

III. Rechtsnatur der Einwendung.

„En fait les meubles la possession vaut titre.“

Es war soeben dargelegt worden, daß der Besitzer die gegen ihn gerichtete rei vindicatio vernichten kann, sofern die Voraussetzungen des art. 2279 C. c. vorliegen. Es interessiert nun noch zu wissen, welcher Rechtsvorgang sich bei dem gutgläubigen Besitzerwerb eigentlich abgespielt hat, der den Besitzerwerber in die Lage versetzt, einen

21) Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 874. Planiol et Ripert III Nr 381 Ziff. 2

22) Larombière art. 1141 Nr. 6 und 16; Démante et Colmet de Santerre VIII Nr. 387 bis.

23) Cour de Cassation: 5. 12. 1876 D. P. 1877, 1, 166; 6. 7. 1886 D. P. 1887, 1, 25.

gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruch zu zerstören. Ueber die Rechtsnatur des in art. 2279 C. c. enthaltenen Grundsatzes herrscht in der Rechtslehre und der Rechtsprechung keine Einigkeit. Drei verschiedene Lehrmeinungen werden in der französischen Rechtsmeinung vertreten.

Marcadé[24]) und Démolombe[25]) vertraten den Standpunkt, daß es sich bei diesem Grundsatz um eine „préscription instantanée" handele. Die Verjährung des Anspruchs des Eigentümers vollziehe sich in dem Augenblick der Besitzerlangung durch den Erwerber. Zwar können die Autoren für sich buchen die systematische Einordnung der Vorschrift des art. 2279 C. c. in den Abschnitt des Code civil, der von einigen besonderen Verjährungen, „de quelques préscriptions particulières," handelt. Was aber zu einer Ablehnung dieser Theorie zwingt, ist der begriffliche Widersinn der Zusammenstellung von préscription und instantanée. Der Begriff der Verjährung setzt den Ablauf einer gewissen Zeitspanne voraus. Diesem Begriff wird ein in einem Augenblick sich abspielendes Ereignis nicht gerecht, da diesem eben der Zeitablauf fehlt[26]).

Nach anderer Ansicht handelt es sich bei dem Grundsatz des art. 2279 C. c. um die gesetzliche Vermutung, daß dem Besitzerwerber das Recht zustehe, obwohl er vom Nichtberechtigten erworben hat. Planiol[27]) und Aubry et Rau[28]) nehmen eine unwiderlegliche gesetzliche Vermutung i. S. von art. 1352 C. c. an, gegen die ein Gegenbeweis unzulässig sei. Die Rechtsprechung neigt mehr dazu, hier eine widerlegliche Vermutung anzunehmen[29]). Dieser Auffassung stehen folgende Bedenken entgegen: Einmal läßt der Wortlaut des Code civil nicht den Schluß zu, daß es sich im Falle des art. 2279 C. c. um eine Vermutung handelt. Auch eine Beziehung zwischen dem art. 2279 C. c. und dem art. 1352 C. c. ist im System des Code civil nicht auffindbar[30]). Schließlich befriedigen die praktischen Ergebnisse, zu denen jene Theorie führt, nicht. Nehmen wir einmal den Fall, daß A. bei B. eine Sache kauft, diese aber bei B. beläßt. B. veräußert und übergibt die Sache C., der nichts von der an A. erfolgten Ver-

24) Art. 2279 Nr. 1.
25) IX Nr. 622.
26) Aubry et Rau II § 183 Nr. 3. Colin et Capitant I S. 918. Planiol I Nr. 2494. Planiol et Ripert III Nr. 386.
27) I Nr. 2496.
28) II § 183 Note 4.
29) Cour de Cassation 7. 12. 1868 D. P. 1869, 1, 83; 14. 2. 1877 D. P. 1877, 1, 320. Cour d'Appel de Nancy 30. 12. 1891. D. P. 1892, 2, 441.
30) Baudry-Lacantinerie et Tissier Nr. 834. Colin et Capitant I S. 918.

äußerung weiß. C. verkauft dann die Sache an D., der jedoch den Sachverhalt kennt. Die Folge wäre nach jenen Präsumptionstheorien, daß D. gegenüber dem A. zur Herausgabe verpflichtet ist. Denn C. hatte das Eigentum nicht erworben. C. hätte nur die Vermutung des Art. 2279 C. c. für sich gehabt.

Solche Ergebnisse werden vermieden, wenn man mit Baudry-Lacantinerie et Tissier[31]) und Colin et Capitant[32]) annimmt, daß der Besitzerwerb im guten Glauben gemäß art. 2279 C. c. dem Erwerber das Eigentum oder das zu erwerbende Recht verschafft. Und zwar handelt es sich hier um einen Rechtserwerb ex lege, um einen originären Rechtserwerb. Daß dieser Eigentumserwerb nicht unter den Eigentumserwerbsarten des art. 711 C. c. aufgezählt ist, spricht nicht gegen diese Ansicht. Denn dort finden wir auch die Okkupation, eine allgemein anerkannte Eigentumserwerbsart, nicht mit genannt.

Hinsichtlich des Eigentumserwerbs bestimmt also der Code civil in art. 2279 nichts anderes, als es das deutsche Recht im § 932 BGB, das schweizerische Recht im Art. 931 ZGB und das österreichische Recht im § 367 aBGB auch tun[33]). Wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr bewegliche Sachen von einem Nichteigentümer zu Besitz erhält, erwirbt das Eigentum, wenn er gutgläubig war, d. h. wenn er den Veräußerer, der nicht Eigentümer war, für den wahren Eigentümer gehalten hat. Sind die Voraussetzungen des art. 2279 C. c. die gleichen wie die des § 932 BGB, des art. 931 ZGB und mit einer gewissen Einschränkung auch die des § 367 aBGB, nämlich Besitzerwerb im guten Glauben an das Eigentum des Veräußers, so sind auch die Wirkungen des art. 2279 C. c. denen jener Bestimmungen gleich[34]). Das Gesetz knüpft im französischen Recht genau wie in den drei oben behandelten Rechtsystemen an den Vorgang des gutgläubigen Besitzerwerbes den Eigentumserwerb. Und zwar sieht die französische Rechtswissenschaft, wie oben schon erwähnt, diesen Eigentumserwerb als originär, als ex lege entstanden an. Dagegen ist man sich im deutschen wie auch im schweizerischen und österreichi-

---

31) Nr. 833 und 834.

32) I S. 918. Vgl. Planiol et Ripert III Nr. 387 und 388, die eine Zwischenstellung einnehmen.

33) § 367 aBGB läßt den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten nur in den dort besonders aufgezählten Fällen eintreten

34) Im französischen Recht ist ebenso wie im deutschen und schweizerischen Recht trotz gutgläubigen Erwerbes die rei vindicatio zugelassen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen oder verlorengegangen ist. (vgl. art. art. 2279 Abs. 2, 2280 C. c., § 932 BGB, Art 934 ZGB).

schen Recht nicht einig darüber, ob es sich hier um einen originären oder derivativen Erwerb handelt[35]).

IV. Ergebnis.

Zusammenfassend gelangen wir zu folgender Lösung der gestellten Frage:

1. Der zweite Käufer, der in Unkenntnis von dem Bestehen eines Kaufvertrages zwischen dem ersten Käufer und dem Verkäufer von diesem die Kaufsache erwirbt und den Besitz erlangt, wird Eigentümer derselben. Die Unkenntnis von dem Bestehen des ersten Kaufvertrages macht den zweiten Käufer hinsichtlich des Eigentums des Verkäufers gutgläubig. Wenn er nun den Besitz an der Kaufsache vom Verkäufer erlangt, so wird er auf Grund von art. 2279 C. c. Eigentümer der Kaufsache. Ein Eigentumsherausgabeanspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer kann von jenem nicht mehr geltend gemacht werden; denn Eigentümer ist der zweite Käufer geworden. Vertragliche Beziehungen zwischen dem ersten und dem zweiten Käufer, die einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch begründen können, bestehen nicht. Ebensowenig liegt in dem gutgläubigen Erwerb der Kaufsache durch den zweiten Käufer eine unerlaubte Handlung.

2. Der zweite Käufer, der in Kenntnis von dem mit dem ersten Käufer geschlossenen Vertrag den Besitz an der bereits verkauften Sache vom Verkäufer erhält, erwirbt kein Eigentum an der zweimal verkauften Sache, da er nicht gutgläubig i. S. der art. art. 2279 und 1141 C. c. gewesen ist; denn die Kenntnis vom Kaufvertrage enthält auch Kenntnis davon, daß nicht mehr der Verkäufer sondern der erste Käufer Eigentümer ist. Damit entfällt eine wesentliche Voraussetzung des art. 2279 C. c., nämlich die bonne foi. Eigentümer der Kaufsache ist der erste Käufer geblieben, der mit der rei vindicatio vom zweiten Käufer die Sache herausverlangen kann.

In zweifacher Hinsicht weicht also die Regelung des französischen Rechtes bei der Lösung unserer Frage von der in den oben behandelten Rechtssystemen ab. Einmal ist der Herausgabeanspruch des ersten Käufers im französischen Recht schon dann gegeben, wenn der zweite Käufer Kenntnis von dem zwischen dem ersten Käufer und Verkäufer bestehenden Kaufvertrage gehabt hat. Nicht also müssen im Geltungsbereiche des französischen Rechts noch die besonderen Voraussetzungen der unsittlichen Schadenszufügung vorliegen. Es bedarf

35) v. Tuhr, allgem. Teil II, 1 S. 52 ff. Gmür Art 933 Nr.. 2. Ehrenzweig § 207 Anm. 4.

also nicht noch über die bloße Kenntnis hinaus einer besonderen Schädigungsabsicht des zweiten Käufers oder einer mit unlauteren Mitteln durchgeführten Verleitung zum Vertragsbruch. Sondern bloße Kenntnis des zweiten Käufers von dem bestehenden Kaufvertrage mit dem ersten Käufer begründet den Herausgabeanspruch für diesen. Sodann aber ist im französischen Recht dieser Herausgabeanspruch des ersten Käufers ein dinglicher Anspruch, während es sich bei dem Herausgabeanspruch des ersten Käufers im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht um einen aus unerlaubter Handlung des zweiten Käufers herrührenden schuldrechtlichen Anspruch handelte.

B. Der Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer beim zweimaligen Verkauf der gleichen Liegenschaft

§ 15

Die Grundstücksverschaffungsobligation nach dem Code civil und dem Gesetz vom 23. 3. 1855.

I. Die Transskription im Code civil.

Art. 1140 C. c. bestimmt: „Les effets de l'obligation de livrer un immeuble sont reglés au titre de la vente . . .“ Vergeblich wird man in den Bestimmungen des Code civil über den Kauf nach einer Sonderregelung hinsichtlich des Eigentumsübergangs von Grundstücken suchen. In der Tat hat es auch ein halbes Jahrhundert hindurch seit Erlaß des Code civil eine besondere Regelung des entgeltlichen Immobiliarerwerbs nicht gegeben. Die entgeltliche Veräußerung von Grundstücken erfolgte nach demselben Prinzip wie die Veräußerung von beweglichen Sachen. Mit Begründung der obligation de donner, also mit Abschluß des Kaufvertrages, ging das Eigentum an dem Grundstück auf den Käufer über. Verkaufte der Veräußerer dasselbe Grundstück zweimal an verschiedene Käufer, so erwarb der erste Käufer auf Grund der art. art. 1138 und 1583 C. c. das Eigentum. Einen Schutz des zweiten Käufers, der im guten Glauben an das Eigentum des Verkäufers das bereits dem ersten Käufer verkaufte Grundstück sich noch einmal verkaufen ließ, gab es nicht. Der zweite Käufer konnte in solchen Fällen kein Eigentum erwerben. In den art. art. 2279 und 1141 C. c. hatte der Gesetz-

geber dafür Sorge getragen, daß man im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Mobilien sich auf die Tatsache des Besitzes verlassen konnte. Diese Bestimmungen beschränken sich jedoch ausdrücklich auf den Erwerb von beweglichen Sachen. Wie in den anderen Rechssystemen, so übt auch im französischen Zivilrecht der Besitz im Liegenschaftsverkehr eine Publizitätsfunktion nicht aus. Die Rechtsverhältnisse von Grundstücken jedoch dadurch kenntlich zu machen, daß allgemein eine Eintragung in öffentliche Bücher oder Register erforderlich war, hatten die Gesetzgeber von 1804 nicht für nötig erachtet, obwohl von 1798–1804 ein Registrierungssystem, nämlich das Transskriptionssystem für den entgeltlichen Grundstückserwerb in Frankreich gegolten hatte. Das Gesetz vom 11. brumaire des Jahres VII (1. 11. 1798) hatte bestimmt, daß die Veräußerung eines Grundstücks Dritten gegenüber nur dann Wirksamkeit hatte, wenn die Veräußerung transskribiert war. Der Code civil hob diese Bestimmung auf und behielt die Transskription nur bei, soweit ein Grundstückserwerb schenkungshalber in Frage kam[1]).

Das Fehlen jeglicher Publizität der wirklichen Rechtslage machte sich im Immobiliarverkehr empfindlich bemerkbar, sodaß sich der Gesetzgeber zur Ausfüllung dieser Lücke des französischen Zivilrechts wieder veranlaßt sah. Das Gesetz vom 23. 3. 1855 „sur la transscription en matière hypothécaire“ führte das Transskriptionssystem in weitem Umfange wieder ein und stellte so eine gewisse Kenntlichkeit der Rechte an Immobilien wieder her.

II. Die Einschränkung des in art. 1138 C. c. niedergelegten Prinzips durch das Gesetz vom 23. 3. 1855.

Wie in der Einleitung gesagt wurde, wollten wir davon ausgehen, daß der Verkäufer dem ersten Käufer das Grundstück verkauft, daß aber eine Eintragung des Eigentumsübergangs in die öffentlichen Bücher zunächst nicht stattfindet, daß vielmehr der Verkäufer vor der Eintragung das Grundstück dem zweiten Verkäufer verkauft, und diese zweite Veräußerung eingetragen wird. Wir nehmen also an, daß eine Transskription des ersten Kaufs vor der Transskription des zweiten Kaufgeschäftes nicht stattfindet.

Betrachten wir zunächst einmal den Liegenschaftskauf zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer. Hatten das deutsche und

1) Vgl. art. 941 C. c. Die Schenkung eines Grundstücks kann Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Transskription der Schenkung erfolgt ist.

das schweizerische Recht zur Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrages gerichtliche oder notarielle bezw. öffentliche Beurkundung verlangt, so wird eine solche im französischen Recht nicht gefordert. Jedoch ist Schriftlichkeit oder öffentliche Beurkundung des Kaufvertrages dann nötig, wenn der Kauf des Grundstücks transskribiert werden soll; denn beim Transskriptionsverfahren wird eine Urkunde, die den betreffenden Rechtsvorgang enthält, in Verwahrung genommen. Nicht also aus rechtspolitischen Erwägungen heraus, sondern lediglich zur Durchführung des Transskriptionsverfahrens wird Schriftlichkeit oder öffentliche Beurkundung von Immobiliarkaufgeschäften im französischen Recht verlangt[2]). Aus ähnlichen Gründen wie im österreichischen Recht wird also hier eine Beurkundung des Liegenschafskaufs erforderlich, nämlich um das Eintragungsverfahren durchzuführen.

Haben die Parteien den Kaufvertrag nur mündlich abgeschlossen, so beeinträchtigt das den rechtlichen Bestand des Rechtsgeschäftes nicht. Nur können die Parteien den mündlich geschlossenen Vertrag nicht transskribieren lassen.

Haben sich der Verkäufer und der Käufer über das Grundstück und den Kaufpreis geeinigt, und ist von ihnen der sofortige Eigentumsübergang nicht ausgeschlossen worden, so geht mit dem Kaufabschluß gem. art. art. 1583 und 1138 C. c. das Eigentum an dem Grundstück auf den ersten Käufer über. Jedoch vollzieht sich vor der Transskription des Kaufgeschäftes ein Eigentumsübergang, der nicht allen Dritten gegenüber wirksam ist. Gegenüber einem bestimmten im Gesetz von 1855 aufgezählten Personenkreis erwirbt der Käufer, der den Kauf nicht hat transskribieren lassen, kein Eigentum[3]). Diese Beschränkung der dinglichen Wirkung des art. 1138 C. c. ist durch das Gesetz vom 23. 3. 1855 geschaffen worden. Daß das Grundstückskaufgeschäft unter das Gesetz von 1855 fällt, folgt aus art. 1 Ziffer 1 des angegebenen Gesetzes. Dort heißt es: „Sont transscrits au bureau des hypothèques de la situation des biens fout acte entre vifs translatif de propriété immobilière.“ Der Kauf als ein Rechtsakt, der Eigentum überträgt, ist also transskriptionsfähig. Er ist aber auch transskriptionspflichtig, wenn er volles, d. h. jedem Dritten gegenüber wirkendes Eigentum übertragen soll. Solange der Käufer sein Eigentum nicht hat transskribieren lassen,

2) Darüber hinaus hat die Beurkundung des Kaufabschlusses ihre Bedeutung für den Beweis der beurkundeten Vereinbarungen. Die öffentliche, wie die von den Parteien unterschriebene Privaturkunde begründen den vollen Beweis der in der Urkunde aufgenommenen Abmachungen. (art. art. 1319 Abs. 1, 1322 C. c.)

3) Colin et Capitant I S. 959. Planiol I Nr. 2615 Planiol et Ripert III Nr. 643.

kann er es den in art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 genannten Personen nicht entgegenhalten. Art. 3 Abs. 1 bestimmt: „Jusqu'à la transscription les droits résultant des actes et jugements enoncées aux articles précédants ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois.“ Derjenige also, der vom gleichen Veräußerer wie der erste Erwerber, welcher eine Transskription seines Rechtserwerbs nicht hat vornehmen lassen, erwirbt, braucht den Rechtserwerb des ersten Erwerbers nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn folgende Voraussetzungen vorliegen:

1. Er muß ein Recht am Grundstück erworben.
2. Das von ihm erworbene Recht muß transskriptionsfähig sein.
3. Die Transskription des Rechtserwerbs muß erfolgt sein.

Die erste und dritte Voraussetzung ergeben sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes von 1855. Art. 3 Abs. 1 heißt: „Aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble.“ Der Satz „qui les (d. h. droits sur l'immeuble) ont conservés en se conformant aus lois“ bedeutet, daß der Erwerber dem Gesetze entsprechend die Transskription hat vornehmen lassen. Daß nur der Erwerber eines transskriptionsfähigen Rechtes die nicht erfolgte Transskription dem früheren Erwerber entgegen halten kann, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber zwangsläufig aus dem Zusammentreffen der ersten und dritten Voraussetzung. Denn wenn das Recht des Zweiterwerbers transskribiert werden muß, so muß es notwendigerweise auch überhaupt transskriptionsfähig sein[4]).

Entscheidend für den Erwerb von Rechten an Liegenschaften ist die Priorität der Transskription. Gegenüber den Personen, die den Vorschriften des art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 entsprechend ein Recht erworben haben, die ihren Rechtserwerb zuerst transskribiert haben, kann das nicht transskribierte oder später transskribierte Recht des Erwerbers nicht geltend gemacht werden[5]). Abgesehen von diesem durch das Gesetz begrenzten Personenkreis ist der Käufer durch Abschluß des Kaufvertrages Eigentümer des Grundstücks geworden. So kann er kraft seines Eigentums das Grundstück mit der dinglichen

4) Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 392—394. Colin et Capitant I S. 961 ff. Planiol I Nr. 2616—2619. Planiol et Ripert III Nr. 644.

5) Aubry et Rau II S. 83. Colin et Capitant I S. 960. Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 393. Cour de Cassation 15. 4. 1920 S. 1921, 1, 172; 29. 2. 1904 D. P. 1905, 1. 7. Cours d'Appel de Dijon 10. 6. 1891 D. P. 1892, 2, 469; de Pau 4. 2. 1884 D. P. 1885, 2, 85.

Klage nicht nur von dem Verkäufer, sondern auch von jedem anderen, außer den in art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 aufgezählten Personen, herausverlangen, wie er überhaupt alle Rechte eines Eigentümers geltend machen kann, so lange seine Eigentümerstellung nicht durch art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 unwirksam gemacht wird.

Das zum Schutze des Liegenschaftsverkehrs durch das Gesetz von 1855 allgemein und durch den Code civil schon für den unentgeltlichen Grundstückserwerb eingeführte Transskriptionssystem hat zu jener dem französischen Recht eigenartigen Abwandlung des Eigentumsbegriffs geführt. Während im allgemeinen im französischen Recht wie auch in den oben behandelten Rechtssystemen das Eigentum als dingliches Recht absolut, d. h. gegenüber allen Rechtssubjekten wirksam ist, hat hier der französische Gesetzgeber, um das Transskriptionssystem in das Gefüge des Zivilrechts einbauen zu können, dem Eigentum beim Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen seine absolute Natur genommen. Hierin zeigt sich einer der charakteristischen Unterschiede des französischen Rechts gegenüber dem deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht. Diese kennen nur ein stets absolut wirkendes Eigentum.

Aber auch in der Begründung des durch Rechtsgeschäft erworbenen Grundeigentums zeigen sich klaffende Unterschiede in der Rechtsauffassung Frankreichs und der drei anderen Länder. In Deutschland wird Eigentum an Grundstücken nur erworben durch die dingliche Einigung, die in der besonderen Form der Auflassung zu erklären ist, und durch die Eintragung in das Grundbuch. In Oesterreich ist erforderlich der Erwerbstitel und die Eintragung, in der Schweiz ist außerdem noch die Erklärung des Eigentümers an das Grundbuchamt nötig, um den Erwerber das Grundeigentum zu verschaffen. Alle Rechtssysteme verlangen also zur Begründung von rechtsgeschäftlichem Eigentum die Eintragung in das Grundbuch. Das französische Recht hingegen läßt das Eigentum an Liegenschaften genau wie bei Mobilien schon durch den bloßen obligatorischen Vertrag übergehen. Weder verlangt es wie das deutsche Recht einen besonderen dinglichen Uebereignungsvertrag oder wie das schweizerische Recht eine Erklärung des Berechtigten an das Grundbuchamt, noch zum Eigentumserwerb eine Eintragung in ein öffentliches Buch bezw. Register. Allerdings schützt es den Eigentümer, der die Transskription nicht hat vornehmen lassen, nicht gegen einen späteren kollidierenden Rechtserwerb, sobald dieser transskribiert ist. Zur eigentlichen Rechtsbegründung dient also die Transskription nicht, sondern lediglich zur

Rechtserhaltung gegenüber anderweitigen kollidierenden Verfügungen des Veräußerers[6]).

Der erste Käufer erwibt also durch den Kaufvertrag das Eigentum an dem Grundstück. Nicht bedarf es dazu der Transskription, sondern die schuldrechtliche Vereinbarung schafft ihm bereits das Recht an dem Grundstück. Zur Sicherung seiner Ansprüche bedarf er nicht, wie der Berechtigte in den drei oben behandelten Rechtssystemen, einer Vormerkung; denn er hat ja mit dem Kaufabschluß bereits das dingliche Recht erworben. Der Käufer im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht dagegen erlangte mit dem Kaufabschluß erst den obligatorischen Anspruch auf die Verschaffung des Eigentums. Diesen konnte er durch eine Vermerkung sichern[7]). Will der Käufer im französischen Recht das ihm durch Vertragsabschluß übertragene Eigentum sichern, dann muß er die Transskription vornehmen lassen, bevor der Verkäufer noch einmal eine kollidierende Verfügung trifft, und diese Verfügung zuerst transskribiert wird. Erfolgt jedoch die Transskription des zweiten Kaufvertrages vor der des ersten Kaufes, so erwirbt der zweite Käufer das Eigentum an dem ihm vom Verkäufer verkauften Grundstück, und zwar erwirbt er nicht etwa originäres sondern derivatives Eigentum. Der erste Käufer kann dem zweiten Käufer seinen Eigentumserwerb nicht entgegenhalten. Das bedeutet, daß der Eigentumserwerb des ersten Käufers dem zweiten Käufer gegenüber als nicht geschehen gilt. In Hinblick auf den zweiten Käufer, der den Vorschriften des art. 3 Abs. 2 des Gesetzes von 1855 entsprechend gehandelt hat, gilt der Verkäufer noch als der Eigentümer. Der nicht transskribierte erste Verkauf und der darin

---

6) Interessant sind auch folgende 4 Unterschiede in den 4 Rechtssystemen Im deutschen Recht wird Grundeigentum erworben durch abstrakten dinglichen Vertrag und Eintragung. In der Schweiz und in Oesterreich wird der dingliche Rechtserwerb neben der Eintragung vom Bestehen eines titulus abhängig gemacht. In Frankreich bilden der titulus und der modus des Erwerbs ein zusammengehöriges Ganzes.

7) Gewöhnlich verschafft die schuldrechtliche Vereinbarung dem Erwerber bereits das dingliche Recht an dem Grundstück, sodaß das Institut der Vormerkung, das der Sicherung später entstehender Rechte am Grundstück dient, im französischen Recht entbehrlich erscheint. Immerhin sind Fälle denkbar, in denen die schuldrechtliche Vereinbarung nicht rechtsübertragend wirkt wie z. B. beim Kaufversprechen oder beim Kaufvertrag, bei dem der sofortige Eigentumsübergang ausgeschlossen wird. Für derartige Fälle gibt es im französischen Recht kein der Vormerkung entsprechendes Sicherungsmittel. Ebenso wird sich das Fehlen vorläufiger Grundbucheintragungen dann nachteilig bemerkbar machen, wenn der erste Käufer seinen Rechtserwerb nicht transskribieren lassen kann, weil der Verkäufer die Ausstellung einer transskriptionsfähigen Urkunde verweigert.

enthaltene Eigentumsübergang gelten dem zweiten Käufer gegenüber als gar nicht erfolgt.

Es bleibt noch die Frage offen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Kenntnis des zweiten Käufers von dem nicht transskribierten Verkauf des Grundstücks an den ersten Käufer den Eigentumserwerb des zweiten Käufers auszuschließen vermag.

§ 16

Inwieweit beeinflußt die Kenntnis von dem ersten Kauf die Wirksamkeit des zuerst transskribierten zweiten Kaufes?

I. Gutgläubigkeit und einfache Kenntnis.

In der französischen Rechtswissenschaft ist feststehend, daß der zweite Käufer, sofern er sich beim Erwerb im guten Glauben an das Eigentum des Veräußerers befunden und die Transskription zuerst hat vornehmen lassen, auf jeden Fall durch die Transskription geschützt wird. Eine besondere Erkundigungspflicht wird ihm nicht auferlegt[1]).

Welche Wirkung übt nun die Bösgläubigkeit auf den Rechtserwerb des zweiten Käufers aus? Die französische Rechtswissenschaft[2]) und neuerdings die Rechtsprechung[3]) unterscheiden hier zwei Stufen von Bösgläubigkeit. Der eine Grad der Bösgläubigkeit ist die bloße Kenntnis des zweiten Käufers von der an den ersten Käufer erfolgten Veräußerung, der zweite Grad besteht in dem sogenannten „concert frauduleux“ zwischen dem zweiten Käufer und dem Verkäufer zur Schädigung der Rechte des ersten Käufers.

Einig sind sich Rechtslehre und Rechtsprechung darüber, daß die bloße Kenntnis von einer vorher erfolgten nicht transskribierten Veräußerung dem Rechtserwerb des zweiten Veräußerers nicht schadet, falls er die Transskription seines Rechtserwerbes zuerst vornehmen läßt. Der Wortlaut des Gesetzes von 1855 gibt zwar keinen Auf-

1) Planiol et Ripert III Nr. 654. Colin et Capitant I S. 968. Lyon-Caën in Sirey 1894, 1, 385.

2) Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 397. Aubry et Rau II S. 459. Colin et Capitant I S. 968. Josserrand I Nr. 1721. Lyon-Caën a. a. O. Planiol et Ripert III Nr. 654. Vgl. auch Savatier in D. P. 1926, 1, 185.

3) Cour de Cassation. 6. 4. 1925 D. P. 1926, 1, 185. Cour d'Appel de Grenoble 14. 8. 1869 D. P. 1870, 5, 15.

schluß darüber, ob auch derjenige, der in Kenntnis von der erfolgten Veräußerung vom Nichtberechtigten erwirbt, in seinem Rechtserwerb zu schützen sei. Doch sprechen der wirkliche Inhalt wie der Zweck des Gesetzes von 1855 für eine solche Annahme. Das Transskriptionssystem ist eingeführt, um in den rechtsgeschäftlichen Verkehr mit Liegenschaften die nötige Sicherheit zu bringen. Wer von dem zum Schutze des Verkehrs eingeführten Maßnahmen keinen Gebrauch macht, kann auch nicht verlangen, geschützt zu werden. Wer also dem Erfordernis der Transskription nicht nachkommt, kann auch nicht den Schutz des Gesetzes für sich beanspruchen. Zudem hat nach art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 der Ersterwerber Dritten gegenüber, die gemäß dem Gesetz von 1855 erwerben, gar nicht als der Berechtigte gegolten. Es ist also gleichgültig, ob der Zweiterwerber Kenntnis hat von der nicht transskribierten ersten Veräußerung; denn diese gilt ihm gegenüber als nicht erfolgt, sobald sein Erwerb transskribiert wird. Zur Stützung ihrer Ansicht kann die herrschende Lehre auch eine Stelle des Code civil heranziehen. Art. 1071 C. c. bestimmt, daß der Vorerbe bei der Geltentmachung des Anspuchs auf Herausgabe eines zur Vorerbschaft gehörigen Grundstücks gegenüber einem anderen Erwerber oder einem Gläubiger des Nachlasses sich nicht darauf berufen kann, daß diese von der durch Vorerbeneinsetzung erfolgten unentgeltlichen Zuwendung des Grundstücks Kenntnis gehabt haben. Gegenüber einem späteren Erwerber der Liegenschaft kann sich der Vorerbe nur durch die Transskription schützen. Der Code civil legt also der einfachen in bloßer Kenntnis bestehenden Bösgläubigkeit keinerlei rechtliche Folgen bei, wenn eine Transskiption des ersten Erwerbes nicht erfolgt war [4]).

II. Das sog. concert frauduleux.

Dagegen schadet es dem transskribierten Rechtserwerb des zweiten Käufers, wenn nachgewiesen wird, daß ein concert frauduleux

4) Aubry et Rau II § 209 Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 396 und 397. Colin et Capitant I S. 968. Josserrand I Nr 1721 und 1722. Lyon-Caën a. a. O. Planiol et Ripert III Nr. 654. a. M. Savatier in D. P. 1926, 1, 185, der eine rechtsähnliche Heranziehung und Anwendung des art. 1071 C. c. für unzulässig hält. Die Vorschrift des art. 1071 sei nur der Abneigung des Gesetzgebers gegen die Vorerbeneinsetzung entsprungen. Wie die herrschende Lehre auch: Cour de Cassation 20. 10. 1889 S. 1892, 1, 446; 7. 12. 1925. D. P. 1926, 1, 185; Cour d'Appel d'Orléans 4. 3. 1896 D. P. 1896, 2, 515.

zwischen dem zweiten Käufer und dem Verkäufer stattgefungen hat[5]).

Zwei Autoren leugnen überhaupt die Notwendigkeit einer Scheidung von einfacher Kenntnis und betrügerischem Zusammenwirken. Nach der Ansicht von Mourlon und Savatier sind die Rechtsfolgen im Falle der bloßen Kenntnis die gleichen wie beim concert frauduleux. So behauptet einerseits Mourlon[6]), daß Bösgläubigkeit des Zweiterwerbers, sei es einfache Kenntnis oder gar betrügerisches Zusammenwirken zwischen Verkäufer und zweiten Käufer, den einmal transskribierten Rechtserwerb des zweiten Käufers überhaupt nicht mehr beeinflussen könne. Mourlon schreibt damit dem Formalakt der Transskription eine zu weit gehende Wirkung zu. Mit Recht ist in der französischen Rechtslehre und der Rechtsprechung diese Ansicht niemals durchgedrungen. Das Ergebnis der Mourlon'schen Lehrmeinung ist zu unbillig. Nach ihr sollen betrügerische Handlungen rechtlich geschützt werden durch das nur der Publizität dienende Transskriptionsverfahren.

Savatier[7]), der von gänzlich anderer Basis ausgehend zu einem der Mourlon'schen Ansicht gerade entgegengesetzten Ergebnis gelangt, nimmt folgendes an: Ein Unterschied zwischen der einfachen Kenntnis und dem concert frauduleux bestehe nicht. Auch der Zweiterwerber, der in bloßer Kenntnis von der Veräußerung an den ersten Käufer das Grundstück erwerbe, handele betrügerisch; denn ihm wohne ein Schädigungsvorsatz inne. Die betrügerische Handlung des Verkäufers bestehe darin, daß er gleichfalls im Schädigungsbewußtsein das bereits an den ersten Käufer verkaufte Grunstück noch einmal verkaufe. Wenn diese beiden betrügerischen Handlungen auch nicht immer als gemeinsames Handeln in Erscheinung träten, so lebe doch zweifellos in beiden das gleiche Bewußtsein, nämlich den ersten Käufer zu schädigen. Man habe also auch in dem Falle, in dem der zweite Käufer ein Grundstück erwerbe in bloßer Kenntnis von der an den ersten Käufer erfolgten Veräußerung, ein gemeinsames vorsätzliches schädigendes Zusammenwirken, ein concert frauduleux zwischen zweitem Käufer und Verkäufer anzunehmen. Die Ansicht Savatiers ist abzulehnen. Sie läßt zur Erfüllung des Begriffs des concert frauduleux den Schädigungsvorsatz ausreichen. Wie aber im folgenden noch zu zeigen sein wird, reicht ein bloßer Schädigungsvorsatz nicht

5) Aubry et Rau II § 209. Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 396. Colin et Capitant I S. 968. Josserand I Nr. 1721 und 1722. Lyon-Caën a. a. O. Planiol et Ripert III Nr. 654.

6) Traité de la transscription II Nr. 452 S. 79. zitiert bei Huguenen S. 25.

7) D. P. 1926, 1, 186 ff.

aus, sondern darüber hinaus wird beim betrügerischen Zusammenwirken zwischen Verkäufer und zweitem Käufer bei wenigstens einem Teil eine Schädigungsabsicht verlangt. Wäre eine solche nicht erforderlich, so hätte Savatier zweifellos recht; denn dann würde auch der Erwerb in einfacher Kenntnis von der ersten Veräußerung zur Annahme eines concert frauduleux zwingen, da der zweite Käufer, der im Bewußtsein, daß die Transskription seines Rechtserwerbs den ersten Käufer schädigen werde, den Kauf transskribieren läßt, mit Schädigungsvorsatz handelt.

Zunächst gilt es zu prüfen, welche Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht erfüllt sein müssen, um zur Annahme des concert frauduleux im einzelnen Falle zu gelangen. Die Rechtslehrer und Kommentatoren geben auf diese Frage keine Antwort. Dagegen liefert die Rechtsprechung zu diesem Problem ein ziemlich reichhaltiges Material. Allerdings vermißt man das Vorhandensein klar herausgearbeiteter Grundsätze hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen des Begriffs des concert frauduleux. Mercier[8]), der zur Lösung dieser Frage es unternommen hat, aus der reichen Fülle der Entscheidungen einen Grundgedanken herauszuschälen, nimmt an, daß die Entscheidungen des Kassationsgerichtes zur Annahme des concert frauduleux verlangten, daß der zweite Käufer bei dem Erwerbe des Grundstücks eine aktive Rolle gespielt habe. Diese bestehe darin, daß er unlautere Handlungsweisen gezeigt oder den Verkäufer zum zweiten Verkauf besonders eindringlich verleitet habe. Bei der Betrachtung der Rechtsprechung des Kassationsgerichts und der Appellationsgerichte werden wir jedoch finden, daß die von Mercier gegebene Lösung nicht alle die Fälle umfaßt, in denen von der Rechtsprechung ein concert frauduleux angenommen worden ist.

Eine Entscheidung des Kassationsgerichtes vom 15. 3. 1859[9]): Der Ehemann hatte sein Grundstück dem Kläger verkauft und den Kaufpreis erhalten. Der Verkauf war nicht transskribiert worden. Danach hatten der Ehemann und dessen Ehefrau Gütertrennung eingeführt. Alsdann hatte der Ehemann der beklagten Ehefrau das dem Kläger verkaufte Grundstück noch einmal verkauft. Der zweite Verkauf war transskribiert worden. Die Ehefrau kannte die Vorgänge. Der Kassationshof hat hier ein betrügerisches Zusammenwirken angenommen. Er spricht sich jedoch nicht klar darüber aus, ob die Beklagte und der Verkäufer sich von einer Schädigungsabsicht haben leiten lassen, oder ob nur einem der beiden eine solche innegewohnt hat, und der andere Gehilfe bei der in Schädi-

8) Mercier S. 176.
9) D. P. 1859, 1, 500.

gungsabsicht begangenen Handlung war. Der höchste Gerichtshof scheint aber gerade in den Fällen der Grundstücksverschiebung an Verwandte eine Schädigungsabsicht beider Teile anzunehmen. Das spricht das Erkenntnis des Kassationsgerichtes vom 15. 6. 1922 klar aus[10]). Hier hatte der Verkäufer nach dem ersten nicht transskribierten Verkauf das verkaufte Grundstück noch einmal zum Schein an einen Sohn verkauft, um es der Familie zu erhalten. Dieser Vorgang wurde transskribiert. Im Urteil wird angenommen, daß der zweite Verkauf simuliert und nichtig war, daß auch Vater und Sohn von der Absicht ausgegangen seien, den ersten Käufer um den Genuß seiner vertraglichen Berechtigung zu bringen.

Daß ein concert frauduleux dann gegeben ist, wenn der zweite Käufer und der Verkäufer die Absicht der Schädigung des ersten Käufers gehabt haben, wird man danach zweifellos annehmen dürfen.

Folgende Entscheidung des Appellationsgerichtes von Grenoble vom 14. 8. 1869[11]): Ein Verkäufer hatte sein Grundstück dem ersten Käufer verkauft. Eine Transskription dieses Verkaufs war nicht erfolgt. Der beklagte zweite Käufer war darauf zum Verkäufer gegangen und hatte diesen durch Zahlung eines doppelt so hohen Kaufpreises zum nochmaligen Verkauf des Grundstücks an ihn veranlaßt. In aller Eile ließ er gleichen Tages noch die Transskription vornehmen. Das Gericht ist hier zur Annahme eines concert frauduleux gelangt, das in Schädigungsabsicht erfolgt sei.

Zum gleichen Ergebnis gelangt das Kassationsgericht in seiner Entscheidung vom 8. 12. 1858[12]): Hier hatte sich der gleiche Vorgang abgespielt. Der beklagte zweite Käufer hatte dem Käufer einen höheren Kaufpreis geboten, um das dem ersten Käufer verkaufte Grundstück zu erhalten.

Bei beiden Urteilen scheint es weniger auf die Schädigungsabsicht des zweiten Käufers abgestellt zu sein; denn für das Vorliegen einer solchen werden in den Erkenntnissen keinerlei Tatsachen angeführt. Vielmehr scheinen hier die Art und Weise, mit der die Schädigungshandlung vorgenommen wurde, nämlich das Anerbieten eines höheren Kaufpreises bezw. die eilig vorgenommene Transskription des zweiten Kaufs den Anlaß gegeben zu haben, ein concert frauduleux anzunehmen. Dieses wird vom Kassationsgericht in dem Urteil vom 27. 11. 1893 deutlicher zum Ausdruck gebracht[13]). Hier hatte H. als Beauftragter des C. das diesem gehörige Grundstück

10) D. P. 1922, 1, 180.
11) D. P. 1870, 2, 151.
12) D. P. 1859, 1, 184.
13) S. 1894, 1, 385.

am 31. 3. 1890 dem D. verkauft. Die Transskription fand am 2. 4. 1890 statt. Am 1. 4. 1890 verkaufte C. den Eheleuten F. das gleiche Grundstück; den Kauf ließ man gleichen Tages transskribieren. C., wie die Eheleute F. hatten Kenntnis davon, daß H. als Beauftragter des C. einen Kaufvertrag über das gleiche Grundstück mit D. tags zuvor abgeschlossen hatte. C. hatte hier gehandelt, um seinen böswilligen Gefühlen – „sentiments malveillantes“ – Genüge zu tun und um dabei einen geringen Gewinn zu machen. Die Eheleute F. hatten das Grundstück seit langer Zeit erwerben wollen. Das erkennende Gericht nimmt hier ein concert frauduleux an, das charakterisiert sei „par des manoeuvres dolosives“.

Daß eine Schädigungsabsicht nicht beim Verkäufer und beim zweiten Käufer vorhanden gewesen sein muß, geht aus den drei letztgenannten Urteilen, zumal aus dem letzten hervor. Nach dem im Urteil vom 27. 11. 1893 wiedergegebenen Sachverhalt sind die Eheleute F., die zweiten Käufer, nicht von der Absicht ausgegangen, den ersten Käufer zu schädigen. Aus der Tatsache, daß sie das Grundstück seit langem haben erwerben wollen, geht hervor, daß sie in erster Linie eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt haben; daß sie dem Kläger einen besonderen Schaden absichtlich haben zufügen wollen, geht aus dem Urteil jedoch nicht hervor.

Auch dann wird ein betrügerisches Zusammenwirken anzunehmen sein, wenn der zweite Käufer allein in Schädigungsabsicht handelt, ohne sich dabei unlauterer Mittel zu bedienen. In diesem Sinne spricht sich ein Urteil des Appelationsgerichts Grenoble vom 14. 8. 1869 aus[14]). Das Gericht hatte hier ein concert frauduleux angenommen auf Grund der Feststellung, daß der zweite Käufer mit dem Ziel – „dans le but“ – gehandelt hatte, die Wirkungen des ersten Kaufs dadurch zunichte zu machen, daß er die Transskription des zweiten Kaufs zuerst vornehmen ließ. Bedenken gegen die Annahme eines concert frauduleux bestehen nicht. Der Begriff des concert frauduleux erfordert zweifellos bei mindestens einem der Handelnden eine Schädigungsabsicht. Jedenfalls sprechen alle Erkenntnisse von einem Handeln mit dem Ziel, den ersten Käufer zu schädigen. Es genügt aber andererseits, wie wir sahen, zur Annahme des Begriffs des concert frauduleux, daß nur ein Teil in Schädigungsabsicht handelt. Der Begriff des betrügerischen Zusammenwirkens erleidet dadurch keinen Abbruch. Die Mitwirkung des anderen Teils an der Schädigungshandlung ist immer gegeben. Der ohne Schädigungsabsicht handelnde Teil handelt immer noch im Bewußtsein der Schädigung,

14) D. P. 1870, 2, 151.

mithin mit Schädigungsvorsatz. Das genügt, um ihn, wenn auch nicht zum Mittäter, so doch zum Gehilfen der in Schädigungsabsicht begangenen Schädigungshandlung zu machen.

Zusammenfassend können wir danach bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines concert frauduleux folgende allgemeine Grundsätze aufstellen. Ein concert frauduleux zwischen Verkäufer und zweitem Käufer liegt vor:

1. wenn beide in Schädigungsabsicht zusammengewirkt haben,
2. wenn einer in Schädigungsabsicht gehandelt hat, und die Schädigungshandlung mit unlauteren Mitteln – insbesondere in dem Bieten eines höheren Kaufpreises ist die Anwendung eines unlauteren Mitteln zu erblicken – vorgenommen ist, endlich
3. wenn der zweite Käufer allein in Sädigungsabsicht gehandelt hat.

Liegt in tatsächlicher Hinsicht ein concert frauduleux zwischen Verkäufer und dem zweiten Käufer vor, so hat die Rechtsprechung der Transskription des zweiten Kaufs die ihr eigentlich aus art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 zukommenden Wirkungen abgesprochen. Der zweite Käufer kann sich gegenüber der Klage des ersten Käufers auf die zuerst erfolgte Transskription des zweiten Kaufs nicht berufen. Und zwar ist die Rechtsprechung von dem Grundsatze „Fraus omnia corrumpit" ausgehend zu diesem Ergebnis gelangt. Ueber die rechtliche Würdigung dieser Maxime bestehen drei Ansichten, die in folgendem kurz darzustellen sind.

So hat man einesteils besonders in der früheren Zeit[15]) behauptet, die Anwendung des Grundsatzes fraus omnia corrumpit zu Gunsten des ersten Käufers sei nichts anderes als eine gegen den zweiten Käufer gerichtete actio Pauliana des ersten Käufers. In der Rechtslehre ist heute die Meinung herrschend[16]), daß der auf Grund der maxime fraus omnia corrumpit dem ersten Käufer zustehende Anspruch ein Recht sei, das sich aus art. 1382 C. c., nämlich aus einer unerlaubten Handlung des zweiten Käufers, herleite. In der Rechtsprechung dagegen hält man im allgemeinen den Grundsatz fraus omnia corrumpit für einen Rechtssatz mit eigener Geltung, der den auf Grund der betrügerischen Handlung vorgenommenen Rechtsakt nichtig mache.

Von vornherein ist die Theorie abzulehnen, die in dem Satze fraus omnia corrumpit den in der actio Pauliana enthaltenen An-

15) Pothier, Vente Nr. 320. Zitiert bei Huguenev S. 35 Anm. 7.
16) Aubry et Rau II § 209 Note 82. Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 396. Colin et Capitant I S. 368, Lyon-Caën a. a. O.

spruch[17]) erblickt. In der französischen Rechtswissenschaft wird solches heutzutage auch nicht mehr angenommen. Einmal setzt die Anwendung des art. 1167 C. c. für die Anfechtungsklage die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus[18]). Zwar hat man früher in den Fällen, in denen eine absolute Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht vorhanden war, eine solche in der Art konstruiert, daß man Insolvenz des Schuldners bereits annahm, wenn dieser nicht in der Lage war, den bestimmten Gegenstand, zu dessen Leistung er verpflichtet war, infolge anderweitiger Veräußerung zu übertragen[19]). Eine solche „relative" Zahlungsunfähigkeit wird heute in der französischen Rechtswissenschaft nicht mehr anerkannt. Zur Ablehnung der Theorie der actio Pauliana kommt man aber besonders aus folgendem Grunde: Zur Geltendmachung der actio Pauliana ist es in subjektiver Beziehung ausreichend, wenn der in Anspruch genommene Erwerber des geschuldeten Gegenstandes Kenntnis von der Leistungsverpflichtung des Schuldners gegenüber dem erstberechtigten Gläubiger gehabt hat. Daß aber bloße Kenntnis des Zweiterwerbers nichts schadet, hatten wir bereits dargelegt und aus dem Gesetz von 1855 begründet. Wollte man also in dem Satz fraus omnia corrumpit nur eine Anwendung des in der actio Pauliana liegenden Prinzips erblicken, so geriete man bezüglich der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Satzes fraus omnia corrumpit wieder in einen unlösbaren Konflikt; denn tatsächliche Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes fraus omnia corrumpit ist nicht schon die bloße Kenntnis des zweiten Käufers von dem ersten Verkauf, sondern erst das Vorliegen eines concert frauduleux.

Die Lehrmeinung, die sagt, der aus dem Satze fraus omnia corrumpit dem ersten Käufer zustehende Anspruch sei der in art. 1382 C. c. enthaltende Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, begründet ihre Ansicht folgendermaßen. Art. 1382 C. c. bestimmt: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquelle il est arrivé, à le réparer." Das französische Recht hat also wie das schweizerische und das österreichische Recht und anders wie das deutsche BGB einen allgemeinen Deliktstatbestand aufgestellt, der erfüllt ist, wenn Verschulden und Schadenszufügung gegeben sind. Das Erfordernis der Rechtswidrigkeit wird im Code civil nicht ausdrücklich verlangt[20]). Die Frage der Rechtswidrigkeit hat man vielmehr mit der des Ver-

17) Art. 1167 C. c.
18) Vgl. Lyon-Caën in S. 1894, 1, 385.
19) Mercier S. 174.
20) Anders BGB § 823. OR Art. 41. aBGB § 1294.

schuldens verquickt. Wer rechtmäßig handelt, den trifft kein Verschulden[21]). Die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs aus art. 1382 C. c. lägen im Falle des concert frauduleux zwischen Verkäufer und zweitem Käufer vor. Dieser hat durch die Transskription seines Rechtserwerbes dem ersten Käufer einen Schaden zugefügt. Die Schadenszufügung ist vorsätzlich bewirkt worden.

Das concert frauduleux zwischen dem Verkäufer und dem zweiten Käufer würde danach die Annahme eines Deliktstatbestandes im Sinne von art. 1382 C. c rechtfertigen können. Der erste Käufer hätte danach gegen den zweiten Käufer einen Anspruch auf Ersatz des zugefügten Schadens. Wenn auch im französischen Recht die Wiederherstellung des Schadens gewöhnlich in der Form der Zahlung einer Geldsumme erfolgt, so ist dennoch Schadensersatzleistung in Form der Naturalherstellung dem französischen Recht nicht unbekannt. Man dürfte also dem ersten Käufer sehr wohl den Anspruch auf Naturalherstellung zubilligen[22]).

Welche Bedeutung hat nun dieser Schadensersatzanspruch in einem Rechtsstreit zwischen dem ersten und dem zweiten Käufer? Um die Rechtsnatur des Anspruchs des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer in aller Schärfe charakterisieren zu können, gehen wir von der Annahme aus, daß sich der zweite Käufer im Besitze des fraglichen Grundstücks befindet, dessen Herausgabe der erste Käufer verlangt. Der erste Käufer wird danach die Herausgabe verlangen, indem er vorbringt, er sei durch den Kaufvertrag der Eigentümer geworden. Demgegenüber wird der zweite Käufer einwenden, daß ein dingliches Recht des Klägers gegenüber ihm, dem zweiten Käufer, nicht bestehe; denn jener habe das transskriptionspflichtige Eigentumsrecht nicht eintragen lassen. Hingegen habe er, der Beklagte dieses getan. Der Kläger könne also gem. art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 gegenüber dem Beklagten seinen Eigentumserwerb nicht geltend machen.

Der dingliche auf Eigentum gestützte Anspruch des ersten Käufers würde durch diese Einwendung des beklagten zweiten Käufers zunichte gemacht. Der Kläger wird nunmehr ausführen, zwischen dem Verkäufer und dem zweiten Käufer habe ein concert frauduleux stattgefunden, durch das er der Kläger seines Eigentums verlustig gegangen sei. Dieses Vorbringen begründet den Schadensersatzanspruch aus art. 1382 C. c. Der beklagte zweite Käufer ist nach den Grundsätzen der Naturalherstellung s c h u l d r e c h t l i c h zur Herausgabe des Grundstücks verpflichtet.

---

21) Colin et Capitant II S. 377 und 378. Planiol II Nr. 863.
22) Lyon-Caën in S. 1894, 1, 386,

Nicht anders stellte sich die Rechtslage dar im Falle der Erhebung einer Feststellungsklage oder einer Herausgabeklage des zweiten Käufers gegen den ersten Käufer. Der zweite Käufer ist an sich der Eigentümer. Nur hat er dieses Eigentum auf Kosten des ersten Käufers durch eine gegen diesen begangene unerlaubte Handlung erworben. Darum ist er stets zur Herausgabe der so erlangten Liegenschaft obligatorisch verpflichtet. Folgt man also dieser Lehrmeinung, daß der im Grundsatz fraus omnia corrumpit enthaltene Anspruch des ersten Käufers nur der Anspruch aus art. 1382 C. c. sei, so kommt man notwendigerweise zu folgenden zwei Hauptschlüssen:

Nimmt man an, ein dritter Käufer kauft vom zweiten Käufer die fragliche Liegenschaft, so gelangt man zu dem Ergebnis, daß der Dritte von einem Eigentümer erworben hat und mithin selbst Eigentümer geworden ist. Für unser spezielles Problem ist es aber wesentlich zu erfahren, welchen Rechtscharakter der Herausgabeanspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer hat und wie er im Konkurse des zweiten Käufers wirkt. Wenn man den Herausgabeanspruch als einen auf Delikt gestützten Anspruch obligatorischer Natur ansieht, so würde der erste Käufer im Falle des Konkurses des zweiten Käufers keine Aussonderung beanspruchen können; vielmehr müßte er sich mit einer anteilmäßigen Befriedigung begnügen.

Demgegenüber behaupten Baudry-Lacantinerie et Barde[23]) und Lyon-Caën[24]), daß der erste Käufer auch im Falle des Konkurses des zweiten Käufers zu seinem vollen Rechte käme. Sie stützen diese Ansicht auf art. 1166 C. c. Nach dieser Bestimmung können die Gläubiger eines Schuldners nicht mehr Rechte geltend machen, als dem Schuldner selbst zustehen. Kann also der zweite Käufer gegen den Herausgabeanspruch keine Einwendungen erheben, so könnten es auch dessen Gläubiger nicht. Diese Ansicht, die sich in der anderen französischen Rechtswissenschaft nicht vertreten findet, ist m. E. unhaltbar. Wollte man sie im Falle eines Konkurses zur Anwendung bringen, so würde der Fundamentalsatz einer jeden gesetzlichen Konkursordnung, nämlich die par conditio creditorum, erschüttert.

Nicht umsonst hat die Rechtsprechung bei der Anwendung der Maxime fraus corrumpit es niemals darauf abgestellt, diesem Grundsatz die Rechtswirkungen des art. 1382 C. c. beizulegen, wenngleich bisweilen in solchen Fällen von einem Delikt des zweiten Käufers

23) I Nr. 396.
24) S. 1894, 1, 386.

gesprochen wird[25]). Vielmehr hat die Rechtsprechung den Grundsatz fraus omnia corrumpit als einen ungeschriebenen Rechtssatz eigener Art angesehen. Eine jede Rechtsregel erleidet eine Ausnahme und wird unanwendbar, wenn der ihr zugrunde liegende Tatbestand durch betrügerische Handlung herbeigeführt wird. „La fraude fait exception à toutes les règles.“[26]) Die auf Grund eines concert frauduleux herbeigeführte Transskription gilt als nicht erfolgt. Ja, man kann sagen, sie ist nichtig. Unbegreiflich erscheint es, warum die Rechtssprechung sich nicht auf art. 6 C. c. stützt, um zu dem von ihr gewünschten Ergebnis zu gelangen. Art. 6 C. c. bestimmt dem Wortlaut nach zwar nur, daß man durch vertragliche Abmachungen nichts vereinbaren kann, was den der öffentlichen Ordnung und den guten Sitten dienenden Gesetzen widerspricht. Doch haben Rechtswissenschaft und Rechtsprechung[27]) diese Bestimmung dahin ausgelegt, daß jede vertragliche Vereinbarung wie überhaupt jeder rechtliche Vorgang, der gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. „Un acte juridique est nul s'il est contrair aux bonnes moeurs.“[28]) Das französische Recht gibt in art. 6 C. c. wie auch an anderen Stellen des Code civil (vgl. art. art. 900, 1133, 1172 und 1387) damit dem Rechtsgedanken Raum, daß die gegen die guten Sitten, d. h. die gegen die Gebote der Moral verstoßende Rechtshandlung[29]) keinen rechtlichen Schutz erfährt. Das französische Recht stellt sich also auf den gleichen Boden, auf dem das deutsche, das schweizerische und das österreichische Recht bezügl. dieser Frage stehen.

Die französische Judikatur hat sich bisher bei der Anwendung des Grundsatzes fraus omnia corrumpit niemals darauf berufen, daß das concert frauduleux sittenwidrig sei, und deshalb die im Zusammenhang mit der betrügerischen Handlung getätigten Rechtsakte nichtig seien. Sondern diese rechtliche Folge hat man aus dem Grundsatz fraus omnia corrumpit als solchen hergeleitet. Es interessiert hier weniger, ob der zum Zwecke der Schädiguug des ersten Käufers abgeschlossene Kaufvertrag zwischen dem zweiten Käufer und dem Verkäufer nichtig ist; denn dieser Kaufvertrag hat dem zweiten Käufer

25) Cour de Cassation 8. 12. 1858 D. P. 1859, 1, 184. Vgl. auch die Ausführungen des conseiller Marignan in S. 1894, 1, 388, der Bezug nimmt auf das Urteil vom 8. 12. 1858.

26 Cour de cassation 8. 12. 1858. D. P. 1859. 1, 184; Appellationsgericht Grenoble 11. 12. 1869. D. P. 1870, 2, 151. Planiol et Ripert III Nr 654.

27) Colin et Capitant I S. 62. Planiol I Nr. 293 und 294. Vgl, Art. 19 Abs. 2 OR.

28) Planiol I Nr. 293.

29) Colin et Capitant I S. 63. Planiol I Nr. 293.

nur in Verbindung mit der Transskription des Vertrages Rechte geschaffen. Wesentlich ist, daß als Folge des in der Rechtsprechung aufgestellten Grundsatzes fraus omnia corrumpit die Transskription des zweiten Kaufes nichtig ist, daß sie als nicht erfolgt gilt. Lediglich die zuerst vorgenommene Transskription war es, die dem zweiten Käufer gegenüber dem nicht eingetragenen ersten Käufer den Vorzug gab. Hat nun diese Transskription keinerlei rechtliche Wirkung, so ist auch der zweite Käufer nicht in der Lage, sich gegenüber dem ersten Käufer auf art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 zu berufen. Der zweite Käufer fällt also nicht mehr in den Personenkreis, der einen nicht transskribierten Rechtserwerb eines früheren Erwerbers nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Wir sahen oben, daß derjenige, der zuerst durch schuldrechtlichen Vertrag ein Recht an einem Grundstück erworben hat, gegenüber allen Personen der Berechtigte ist, so lange nicht ein Zweiterwerber seinen Rechtserwerb hat eintragen lassen. Ist nun die Eintragung des zweiten Erwerbers auf Grund oder im Zusammenhang mit betrügerischen Handlungen erfolgt, so ist diese Eintragung nichtig. Der erste Käufer ist nach wie vor der allein dinglich berechtigte Eigentümer. Auf Grund seines Eigentums, eines dinglichen Rechtes, kann der erste Käufer von dem zweiten Käufer die Herausgabe des Grundstücks verlangen. Im Konkurse des Zweitkäufers kann der erste Käufer daher die zweimal verkaufte Liegenschaft aussondern. Ein Untererwerber vom zweiten Käufer würde kein Eigentum erlangen. Denn Grundeigentum kann, soweit nicht art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1855 etwas anderes bestimmt, nur vom Eigentümer erworben werden. Die Regel des art. 3 Abs. 1 des Gesetzes von 1885, die einen Eigentumserwerb von Nichtberechtigten zuläßt, wenn nur die Transskription erfolgt ist, findet nur Anwendung, wenn die zwei in Frage kommenden Rechtserwerber von demselben Veräußerer ihr Recht erworben haben [30]).

§ 17

Ergebnis.

Zusammenfassend gelangen wir beim zweimaligen Verkauf des gleichen Grundstücks zu folgenden Ergebnissen:

1. Der zweite Käufer, der nichts von dem mit dem ersten Käufer geschlossenen Kaufvertrag weiß, erwirbt das Eigentum an

30) Baudry-Lacantinerie et Barde I Nr. 395. Colin et Capitant I S. 967. Planiol et Ripert III Nr. 650.

dem ihm vom Verkäufer verkauften Grundstück, wenn er seinen Rechtserwerb zuerst transskribieren läßt. Das Ergebnis ist im französischen Recht also das gleiche wie das bei der Behandlung der anderen Rechtssysteme gefundene Resultat. Der Weg, auf dem man zu diesem Ergebnis gelangt, ist jedoch im französischen Recht ein wesentlich anderer als in den drei oben behandelten Rechtssystemen. Im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht erwirbt der zweite Käufer von einem Eigentümer; denn bis zur Eintragung des ersten Käufers im Grundbuch bezw. im österreichischen Recht bis zum Ansuchen des ersten Käufers um die Einverleibung ist der Verkäufer Eigentümer der Liegenschaft geblieben. Im französischen Recht dagegen erwirbt der zweite Käufer von einem Nichteigentümer; denn durch den Kaufvertrag mit dem ersten Käufer hat der Verkäufer das Eigentum an dem Grundstück zu Gunsten des ersten Käufers verloren. Wesentlich für den Eigentumserwerb des zweiten Käufers ist in allen Rechten, daß der zweite Käufer seinen Rechtserwerb eintragen läßt. Während das im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht erforderlich ist, um überhaupt das dingliche Recht am Grundstück zu begründen, ist die Transskription des französischen Rechts dazu nötig, damit der zweite Käufer den ersten Käufer seiner ihm auf Grund des ersten Kaufvertrages zustehenden Stellung als Eigentümer entsetzt. Hervorzuheben ist, daß der zweite Käufer nicht auf Grund seiner Gutgläubigkeit an ein dem Verkäufer vermeintlich zustehendes Recht das Eigentum erwirbt, sondern lediglich durch die zuerst erfolgte Transskription.

2. Der zweite Käufer, der in bloßer Kenntnis von dem zwischen dem Verkäufer und dem ersten Käufer geschlossenen Kaufvertrag das an den ersten Käufer bereits verkaufte Grundstück sich noch einmal verkaufen läßt, erwirbt unangreifbares Eigentum, wenn er den zweiten Kaufvertrag zuerst hat transskribieren lassen.

Auch hier die gleiche Lösung des Problems hinsichtlich des Endresultates wie in den vorher behandelten Rechtssystemen. Doch auch hier findet sich wiederum eine grundsätzliche Verschiedenheit in der rechtlichen Konstruktion. Im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht erwirbt der zweite Käufer vom Eigentümer. Die bloße Kenntnis vom ersten Kauf macht seine Handlung noch nicht sittenwidrig, begründet also keinen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch zugunsten des ersten Käufers. Im französischen Recht heißt, das sei hier noch einmal wiederholt, Kenntnis vom Verkauf so viel, wie Kenntnis davon, daß der Verkäufer nicht mehr Eigentümer ist. Doch gilt der Verkäufer, so lange der erste Kauf nicht eingetragen

ist, gegenüber dem zweiten Käufer, der zuerst transskribieren läßt, als der Eigentümer. Hinsichtlich des Rechtserwerbs vom Nichtberechtigten hat also das französische Recht andere Regeln aufgestellt als die drei oben behandelten Systeme. Während hier vom Nichtberechtigten ein Liegenschaftsrecht nur erworben werden kann, wenn der Nichtberechtigte eingetragen ist, und der Erwerber sich im guten Glauben befindet, kommt es beim französischen Transskriptionssystem darauf gar nicht an. Weder braucht der Veräußerer eingetragen zu sein, noch wird vom Erwerber Gutgläubigkeit verlangt, sondern lediglich auf die Priorität der Transskription wird es abgestellt.

Gelangen das deutsche, schweizerische und österreichische Recht beim zweimaligen Verkauf von unbeweglichen Sachen zum gleichen Ergebnis wie beim zweimaligen Verkauf von Mobilien, so trifft das für das französische Recht nicht zu. Wir sahen, daß der zweite Käufer beim zweimaligen Verkauf einer beweglichen Sache nicht Eigentümer wird, wenn er Kenntnis hat von dem ersten Kaufvertrage; denn beim Mobiliarerwerb vom Nichtberechtigten ist neben der Besitzerlangung der gute Glaube des Erwerbers notwendig [1]).

3. Der zweite Käufer beabsichtigt, durch den Kauf der bereits dem ersten Käufer verkauften Liegenschaft diesem einen Schaden zuzufügen oder der zweite Käufer führt die Schadenszufügung mit unlauteren Mitteln herbei, oder aber Verkäufer und zweiter Käufer wirken gemeinschaftlich zusammen zum Zwecke der Schädigung des ersten Käufers. In allen diesen Fällen kommen dem zweiten Käufer die Rechtsfolgen des durch den transskribierten Kaufvertrag getätigten Erwerbes nicht zustatten. Auch hier gelangen wir zum gleichen Ergebnis in allen vier Rechtssystemen; dennoch ist auch hier die französische Rechtsauffassung, die dieses gleiche Resultat zeitigt, grundverschieden von der der drei anderen Länder. Der zweite Käufer erwirbt nach französischem Recht überhaupt kein Eigentum. Dieses ist beim ersten Käufer geblieben. Die Transskription, durch die allein der zweite Käufer den ersten Käufer seines Eigentums hätte entsetzen und sich dieses selbst hätte verschaffen können, ist hier nichtig. Der Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer ist im französischen Recht d i n g l i c h e r N a t u r. Hingegen ist der Anspruch des ersten Käufers gegen den zweiten Käufer, der in den drei anderen Rechtssystemen gewöhnlich das Eigentum an der Liegenschaft er-

---

1) Auf diesen Gesichtspunkt weist auch Savatier in D. P. 1926, 1, 186 ff. hin, wenn er concert frauduleux gleichsetzt mit der simple connaissance des zweiten Käufers.

langt[2]), ein **obligatorischer**, der auf unerlaubter Handlung des zweiten Käufers beruht. Die in der französischen Rechtslehre herrschende Theorie, die in dem dem ersten Käufer aus dem concert frauduleux zwischen Verkäufer und zweitem Käufer entstehenden Anspruch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung erblickt, gleitet allerdings schon vor dem Endziel in die Bahnen, die von den drei anderen Rechtssystemen beschritten werden. Auf die oben kurz umrissenen tatsächlichen Voraussetzungen gestützt, die im wesentlichen mit den im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht verlangten Voraussetzungen übereinstimmen, hätte der erste Käufer im französischen Recht nach Ansicht jener Theorie gleichfalls einen auf Delikt beruhenden Anspruch.

Wir hatten uns jedoch auf einen anderen Boden gestellt als jene Theorie. Die tatsächlichen Voraussetzungen und die praktischen Resultate sind bezügl. des zweimaligen Verkaufs der gleichen Liegenschaft in allen vier Rechtssystemen die gleichen. Hinsichtlich der zweimaligen Mobiliarveräußerung allerdings kommt das französische Recht zu dem Ergebnis, dem ersten Käufer schon dann einen Anspruch auf Herausgabe zu verleihen, wenn der zweite Käufer in Kenntnis von dem ersten Kaufvertrage die Sache erworben hat.

Soweit das französische Recht beim zweimaligen Verkauf dem Käufer überhaupt einen Anspruch gegen den zweiten Käufer gibt, ist dieser stets sowohl beim Mobiliar- wie beim Liegenschaftskauf ein dinglicher Anspruch.

IV. Teil.

§ 18

Schlußwort.

Im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht kommt man bei der Lösung unserer Frage zu einem fast gleichen Endergebnis. Der erste Käufer kann nur dann einen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch gegen den zweiten Käufer geltend machen, wenn dieser beim Erwerbe der zweimal verkauften Sache sich eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig gemacht hat. Ein Verstoß gegen

2) Unter Umständen kann im schweizerischen und österreichischen Recht schon der Eigentumserwerb wegen Verstoßes des Kausalgeschäftes gegen die guten Sitten nichtig sein. Das Eigentum ist dann beim Verkäufer geblieben. S. o. S. 106 ff.

die guten Sitten liegt im allgemeinen dann vor, wenn der zweite Käufer zum Zwecke der Schädigung gehandelt hat, oder wenn die zum Erwerbe der Sache angewandten Mittel sich als unlauter und sittenwidrig darstellen. Auf den Grundsatz der Naturalrestitution gestützt, kann vom ersten Käufer mit dem auf Delikt des zweiten Käufers beruhenden obligatorischen Schadensersatzanspruch die Herausgabe der Kaufsache verlangt werden.

Die Regelung dieser Rechsfrage weist in den drei genannten Rechtssystemen unverkennbar beträchtliche Mängel auf. Zunächst bedeutet es einen Mangel, daß man dem Forderungsrecht im allgemeinen und dem schuldrechtlichen Anspruch auf Rechtsverschaffung im besonderen nicht einen eigenen Schutz vor Beeinträchtigungen durch Dritte Nichtvertragsbeteiligte verliehen hat. Unterblieben ist das lediglich aus rechtswissenschaftlichen nicht aber aus rechtspolitischen Gründen. Daß der deutsche und schweizerische Gesetzgeber und in geringerem Maße auch der österreichische Gesetzgeber die rechtspolitische Notwendigkeit und die praktische Berechtigung eines Schutzes der Obligation auf Verschaffung von dinglichen Rechten anerkannt haben, geht daraus hervor, daß sie zur Sicherung persönlicher Ansprüche auf Verschaffung von Rechten an Grundstücken das Institut der Vermerkung bezw. im österreichischen Grundbuchrecht auch das der Anmerkung eingeführt haben. Im übrigen aber hat man einen entsprechenden Schutz im Fahrnisverkehr aus theoretischen Erwägungen beiseite gelassen.

Das normale Rechtsempfinden muß in dieser Regelung eine Lücke im Gesetz erblicken. Aus diesem Gedanken heraus sind die verschiedensten Versuche zur Ausfüllung dieser Lücke unternommen. Der einzig taugliche Versuch ist aber nach der geltenden gesetzlichen Regelung nur der, den zweiten Käufer auf Grund sittenwidriger Schadenszufügung zur Herausgabe zu verpflichten. Aber auch dieser Weg vermag nicht zu einer das Rechtsgefühl befriedigenden Lösung zugelangen. Eine Unzahl von Fällen, in denen eine Herausgabepflicht des zweiten Käufers dem Rechtsempfinden nach geboten ist, kann nicht zu gunsten des ersten Käufers gelöst werden; denn die gesetzlichen Bestimmungen über die sittenwidrige Schädigung dürfen keine Ueberspannung erfahren. Wollte man, um hier ein Einzelproblem des Rechtslebens befriedigend zu lösen, dem Begriff der Sittenwidrigkeit eine Auslegung geben, nach der der zweite Käufer schon beim Erwerbe der Kaufsache in bloßer Kenntnis von dem ersten Kaufvertrage zum Schadensersatz verpflichtet wäre, so würde das den übrigen Rechtsverkehr ganz erheblich gefährden. Eine allzustrenge Auffassung und Auslegung des Begriffs der guten Sitten würde im wirtschaftlichen

Leben nur allzu leicht lähmend wirken können. Aus diesen Gründen müssen der Anwendung der Bestimmung von der sittenwidrigen Schädigung etwas enge Grenzen gezogen werden.

Die Lösung dagegen, die vom französischen Recht für unseren Fall geboten wird, entspricht durchaus einem normalen Rechtsgefühl. Der Erwerb der an den ersten Käufer bereits verkauften beweglichen Sache durch den zweiten Käufer ist nicht möglich, wenn der zweite Käufer Kenntnis von der Veräußerung an den ersten Käufer hatte. Denn da der erste Käufer mit dem Abschluß des Kaufvertrages normalerweise bereits das Eigentum an der Kaufsache erlangt, kann der zweite Käufer bei Kenntnis von diesem Rechtsvorgang nicht mehr das Eigentum erlangen. Im französischen Liegenschaftsrecht finden wir gleichfalls ein durchaus annehmbares Ergebnis. Wenn der erste Käufer sich hier sichern will, so mag er seinen Rechtserwerb transskribieren lassen. Eine solche Forderung enthält nichts Unbilliges, zumal sie der Durchführung der im allgemeinen Interesse liegenden Publizität der Liegenschaftsrecht dient. Lückenhaft ist aber das französische Immobiliarrecht deswegen, weil es das Institut vorläufiger Eintragungen in das Transskriptionsregister nicht kennt. Dem ersten Käufer, von dem verlangt wird, daß er zur Sicherung seines Rechtserwerbes diesen eintragen lassen soll, wird andererseits kein Schutzmittel gegeben, wenn er wegen der Weigerung des Verkäufers, eine transskriptionsfähige Urkunde auszustellen, eine solche nicht vorlegen kann. Hierin zeigt sich wieder die Unterlegenheit des französischen Liegenschaftsrechtes gegenüber den auf dem sorgfältig ausgebauten Grundbuchsystem beruhenden Regelungen des österreichischen und besonders des deutschen und des schweizerischen Rechts.

Zur Ausfüllung der im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht hinsichtlich unserer Frage beim zweimaligen Verkauf der gleichen beweglichen Sache – denn zu einer befriedigenden Lösung des Problems des zweimaligen Verkaufs der gleichen Liegenschaft würde bereits eine dem deutschen Recht nachgebildete Ausgestaltung der Vormerkung führen – bestehenden Lücke würden sich de lege ferenda drei Möglichkeiten bieten:

1. Man legt der Rechtsverschaffungsobligation nach Vorbild des französischen Rechts eine dingliche Wirkung bei. Ein Eigentumserwerb der Kaufsache durch den zweiten Käufer in Kenntnis von der ersten Veräußerung wäre dann ausgeschlossen. Eine solche Anordnung würde allerdings einen Umbau des ganzen Rechtssystems bedingen; denn das deutsche, schweizerische und österreichische Recht haben die Trennung von persönlichen und dinglichen Rechten scharf

durchgeführt. Zudem würde die Kenntlichmachung der dinglichen Rechte durch eine derartige Anordnung nicht unerheblich leiden können.

2. Zur Sicherung des dem ersten Käufer zustehenden Anspruchs auf Lieferung der Kaufsache gibt man diesem nach Vorbild des preußischen Rechtes mit dem Kaufabschluß ein Recht zur Sache, kraft dessen von späteren um die erste Veräußerung wissenden Erwerbern die Kaufsache herausverlangt werden kann, und zwar mit einem gegen Dritterwerber dinglich wirkenden Herausgabeanspruchs. Einer solchen Anordnung und Wiedereinführung des deutschrechtlichen jus ad rem stehen allerdings nur theoretische Bedenken, die die Reinheit der Rechtssysteme erhalten wollen, entgegen.

3. Man verleiht dem Forderungsrecht einen deliktischen Schutz. Jeder Dritte, der ein vertragliches obligatorisches Recht vorsätzlich beeinträchtigt oder dessen Realisierung vereitelt, ist dem Geschädigten ersatzpflichtig. Dann würden auch die Fälle getroffen, in denen ein Ersatzanspruch bisher nicht gegeben war, weil die Verletzung fremder Forderungsrechte, abgesehen von einigen Ausnahmefällen, wie der Zahlungsannahme durch den nicht mehr berechtigten Zedenten und anderen, im allgemeinen begrifflich nicht möglich war. Dagegen mag vielleicht eingewandt werden, daß ein derartiger Schutz persönlicher Rechte zu weit gehe und gegebenenfalls die Förderung eines wirtschaftlich wertvollen Konkurrenzkampfes hemme. Immerhin könnte man dann aber den Schutz des Forderungsrechtes darauf beschränken, daß man die vorsätzliche Verletzung eines fremden auf Eigentumsverschaffung gerichteten obligatorischen Rechtes durch einen Dritten Nichtvertragsbeteiligten als eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung ansieht.

Lebenslauf.

Ich, Erich Klug, wurde am 23. Februar 1908 als Sohn des Kaufmanns Erich Klug und seiner Ehefrau Klara geb. Funck zu Cognac (Frankreich) geboren. Von 1914 bis 1927 besuchte ich die Bürgerschule und das Wilhelmgymnasium in Braunschweig, daß ich 1927 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Von 1927 bis 1930 widmete ich mich an den Universitäten Freiburg Br., München und Bonn dem Studium der Rechtswissenschaften und bestand im Dezember 1930 vor dem Juristischen Prüfungsausschuß des Landes Braunschweig die erste juristische Staatsprüfung. Danach war ich als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Braunschweig tätig, aus dem ich am 1. Mai 1934 ausschied, um in den Diensten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zu arbeiten.